Exemplar genérico,
conhecimento específico

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Big Brother Brasil, Enfermeira do Funk, Tropa de Elite, Homem-Lagarto, Twitter, Facebook, Topless, Grafitismo, Vale-Tudo. O novo livro de Anderson Schreiber não é apenas um estudo completo sobre os direitos da personalidade, mas também um divertido passeio por casos reais que têm suscitado as mais intensas polêmicas no meio jurídico. Escrito em linguagem simples, que o torna acessível mesmo ao leitor que se aventura pela primeira vez no mundo do direito, o livro enfrenta com coragem e clareza temas espinhosos, como eutanásia, discriminação genética, testamento biológico, direito à vida sexual, biografias não autorizadas, sistema de cotas, direito à diferença e outros tantos assuntos vinculados à tutela da pessoa humana na realidade contemporânea.

A obra, que celebra os dez anos de magistério do autor e que recebeu o *Prêmio de Melhor Livro Jurídico da Feira do Livro de Porto Alegre em 2011*, promete se tornar um marco no tratamento da matéria no direito brasileiro, apontando novas soluções para problemas que são, há muito, debatidos pelos nossos tribunais. Por tudo isso, a Editora Atlas tem o prazer de convidar o leitor a participar dessa instigante e prazerosa viagem pelos *Direitos da Personalidade*.

atlas.com.br

Anderson Schreiber

Direitos da Personalidade

2ª Edição Revista e Atualizada

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2013

1. ed. 2011; 2. ed. 2013

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Set-up Time Artes Gráficas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Schreiber, Anderson
Direitos da Personalidade / Anderson Schreiber. 2. ed. –
São Paulo: Atlas, 2013.

Bibliografia.
ISBN 978-85-224-7895-8
e-ISBN 978-85-224-7896-5

1. Direito – Filosofia 2. Personalidade (Direito)
3. Personalidade (Direito) – Brasil I. Título.

11-04137
CDD-347.152

Índice para catálogo sistemático:

1. Direitos da personalidade : Direito Civil 347.152

Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

Sumário

Apresentação

Este livro foi escrito para os meus alunos recém-ingressados na Faculdade de Direito da UERJ. Seu objetivo principal é mostrar que o estudo do direito pode ser, ao mesmo tempo, profundo e divertido. Com linguagem simples, o livro aborda alguns dos temas mais polêmicos da ciência jurídica contemporânea. Eutanásia, aborto, discriminação genética, *hate speech*, transexualidade, *reality shows*, *body art*, direito ao esquecimento, sistema de cotas e direito à diferença são alguns dos assuntos examinados nas páginas seguintes, sempre a partir do estudo de casos reais. A sedutora casuística dos direitos da personalidade, que vai da criação de perfis falsos no *Twitter* ao uso de microchips subcutâneos em uma boate de Barcelona, permitirá ao leitor visualizar, de modo bastante didático, as principais transformações por que vem passando o direito brasileiro, como o fortalecimento dos princípios constitucionais, o incremento das cláusulas gerais e a valorização do método ponderativo. Minha esperança é que a leitura desperte não apenas a reflexão, mas também a simpatia do público por aquela que consiste na mais importante missão dos juristas da atualidade: a proteção da pessoa humana, em toda a sua riqueza e complexidade.

Anderson Schreiber
schreiber@sdls.com.br

Nota à 2ª Edição

Nesta 2ª edição, revista e ampliada, foram acrescentados tópicos específicos sobre alguns temas que vêm ganhando destaque no campo dos direitos da personalidade. Foram também examinados casos concretos que tiveram grande repercussão no último ano, como o caso Nissim Ourfali. Estruturalmente, o livro permanece fiel à 1ª edição. Foi mantido o primeiro capítulo, que reúne as noções teóricas fundamentais, recomendando-se ao leitor mais interessado na discussão dos casos práticos que avance diretamente ao segundo capítulo, regressando ao capítulo inicial na medida em que isso se fizer necessário para o esclarecimento dos conceitos gerais. O índice remissivo da legislação, ao fim do livro, também pode auxiliar em uma leitura mais instrumental da obra.

Registro meu especial agradecimento àquelas pessoas que contribuíram diretamente para esta 2ª edição: Leonardo Campos Mello, Dr. Hugo Sigelmann, Heloísa Carpena, Carlos Nelson Konder, Aline de Miranda Valverde, Roberta Mauro, Sergio Terra, Aluizio Napoleão, Marcio Musa, Roberta Densa e Sergio de Albuquerque Mello. A acadêmica Fabiana Prestes me auxiliou com pesquisas utilíssimas e debateu comigo alguns dos casos mais polêmicos do livro. Amanda São Clemente dedicou seu tempo ao estudo de aspectos importantes do tema, me presenteando com contribuições singulares. Bruno Lewicki, amigo de todas as horas, me emprestou seus livros e chaves de leitura, ajudando-me com relevantes questões autorais. Imprescindíveis, por fim, foram a atenção e a seriedade dos profissionais que cuidam com imenso carinho das bibliotecas da Faculdade de Direito da UERJ, da PGE-RJ e da PUC-Rio. A todos, meu muito obrigado.

1 A Pessoa e a Lei

Se variam na casca, idêntico é o miolo.
(Mario Quintana, *Da Condição Humana*)

1 Um caso célebre

Cidadão francês, Manuel Wackenheim tem pouco mais de um metro e catorze centímetros de altura. O nanismo restringiu consideravelmente suas chances de emprego. No verão de 1991, passou a exercer, no interior da França, uma ocupação inusitada. Seu ofício consistia em se vestir com capacete e roupas acolchoadas, com alças nas costas, e ser lançado em direção a um colchão de ar por clientes de bares e discotecas. A competição, que ficou conhecida como *lancer de nain* (lançamento de anão), ganhou rápida popularidade e acabou por atrair a atenção das autoridades públicas francesas.

Em outubro daquele mesmo ano, o prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge proibiu a realização da atividade. Manuel Wackenheim recorreu, então, à corte administrativa de Versailles, que anulou a proibição por considerar que não havia qualquer distúrbio à ordem, à segurança ou à saúde pública. O prefeito apelou da decisão e o Conselho de Estado francês acolheu o recurso, vedando a prática do lançamento de anão, por considerá-la uma afronta à dignidade humana.

O caso ganhou repercussão internacional quando Wackenheim apresentou uma reclamação ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Sustentou, em síntese, que a proibição do Conselho de Estado francês, muito ao contrário de proteger, violava a sua dignidade humana, já que o impedia de exercer uma profissão. Alegou, ainda, que a decisão afrontava sua liberdade, sua privacidade e configurava ato discriminatório contra os portadores de nanismo. O Comitê considerou que a diferenciação, no caso, não configurava discriminação, já que decorria

da razão física de "os anões serem as únicas pessoas aptas a serem lançadas por outras". Concluiu, ainda, que o banimento da atividade fora baseado em critérios objetivos e razoáveis, inexistindo violação aos direitos humanos.[1]

O caso do lançamento de anão é até hoje intensamente debatido nas faculdades de direito, mundo afora. Seus contornos peculiares permitem analisar diversas questões relevantes para a ciência jurídica contemporânea, mas há um aspecto que o torna especialmente instigante: enquanto a maior parte das pessoas luta ferozmente pela proteção dos seus direitos, Manuel Wackenheim queria justamente o oposto. Pediu, repetidas vezes, a diferentes tribunais, que o seu direito (à dignidade humana) *não* fosse protegido.

Sua vontade não foi atendida. Wackenheim foi impedido pela ordem jurídica de ser arremessado "profissionalmente" de um lado a outro. O lançamento de anão não foi proibido porque causava prejuízo a outras pessoas, mas porque prejudicava, segundo as autoridades francesas, o próprio Wackenheim. Sua vontade, vale dizer, não violava direito alheio, violava direito próprio. Mas, afinal, pode alguém violar o seu próprio direito? Pode o direito de alguém ser protegido *contra* a sua vontade? Pode a ordem jurídica proibir alguém de fazer alguma coisa que não prejudica qualquer um senão o próprio sujeito? Tal proibição não violaria ela mesma o direito fundamental de cada pessoa à sua liberdade, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão define como o direito de "fazer tudo que não prejudique o próximo"?

Definir quando, por que, de que forma e em que medida a ordem jurídica deve interferir na vida particular dos seus cidadãos tem sido, desde sempre, um dos problemas centrais não apenas do direito, mas também da filosofia e da ciência política. Em torno do tema, formaram-se as mais variadas correntes de pensamento. E muito embora o embate esteja longe de terminar, há hoje algum consenso em torno da ideia de que o Estado precisa proteger certos direitos essenciais do Homem, não apenas contra ameaças do próprio Estado ou de outros particulares, mas também, em situações extremas, contra a vontade do próprio titular desses direitos. Ao leitor pode soar estranho, quiçá assustador, que a ordem jurídica precise e se disponha a proteger as pessoas de si mesmas. Uma pitada de História talvez ajude a compreender essa necessidade.

2 O lobo do homem

Homo homini lupus. O homem é o lobo do homem. A expressão foi usada em 1651 por Thomas Hobbes para justificar a existência do Estado como único poder

[1] *Communication 854/1999, U.N. (2002).* O inteiro teor da decisão pode ser consultado no *site* da Biblioteca de Direitos Humanos da Universidade de Minnesota: <humanrights.law.monash.edu.au>.

capaz de frear os instintos egoístas do ser humano. Em sua obra mais difundida, o *Leviatã*, Hobbes associa o Estado a um monstro bíblico, poderoso e invencível, cuja presença se faz necessária para controlar a natural tendência dos homens ao conflito.[2] Sem o Estado, os homens viveriam, segundo o filósofo inglês, em uma "guerra permanente de todos contra todos" (*bellum omnia omnes*), o que acabaria por conduzi-los à morte.

Mais de 100 anos após a publicação do *Leviatã*, revolucionários franceses arriscariam suas vidas para enfrentar, nas ruas de Paris, as tropas do seu próprio Estado. A Revolução Francesa, que teve início em maio de 1789, representa o marco inicial da Idade Contemporânea e, portanto, do direito contemporâneo, que nasce sob a forte influência do liberalismo econômico. Após séculos servindo como instrumento de abusos de monarcas e de privilégios da nobreza, o Estado era visto pela burguesia como uma ameaça a ser contida. A interferência estatal representava um obstáculo ao livre desenvolvimento das relações econômicas. À nova ordem jurídica competia minimizar o papel do Estado, limitando-o à preservação da segurança nas relações sociais. Aos particulares, por outro lado, deveria ser reservada a liberdade mais ampla possível. A essência do projeto liberal foi estampada no art. 4º da já mencionada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo."[3]

Assim, na aurora da Idade Contemporânea, o homem se viu livre, talvez mais livre do que jamais tivesse sido na história das civilizações. A exasperação da dicotomia entre o direito público e o direito privado criava um espaço de autonomia para a livre realização da vontade dos particulares, que podiam reger suas próprias vidas sem a intromissão do Estado.[4] O monstruoso *Leviatã* parecia, enfim, domado. No campo das relações privadas, cada indivíduo tinha liberdade para fazer tudo aquilo que não prejudicasse o próximo. Acreditava-se, então, que, deixados livres para perseguir sua própria felicidade, os homens alcançariam o máximo bem comum.[5]

O que se seguiu, contudo, foi uma progressiva degradação do homem pelo próprio homem. Ao longo de todo o século XIX, especialmente a partir da Revolução Industrial, usou-se e abusou-se da liberdade. O direito liberal mantinha o Estado longe das relações entre particulares. Enquanto isso, premidos por necessidades

---

[2] Thomas Hobbes, *Leviatã*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[3] Sobre o papel minimalista do Estado no direito liberal e sua gradual superação, ver, por todos, Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constituição do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

[4] Michele Giorgianni, O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras, in *Revista dos Tribunais*, v. 747, p. 35-55.

[5] John Kenneth Galbraith. *A Era da Incerteza*, São Paulo: Pioneira, 1986. p. 11.

fundamentais, os trabalhadores egressos do campo sujeitavam-se a condições aviltantes de moradia e trabalho. No exercício da sua preciosa "liberdade", assinavam contratos "concordando" em se submeter a jornadas de trabalho extenuantes, salários vergonhosos e habitações insalubres. Tudo com a chancela da ordem jurídica, que entendia que os contratos, como frutos do livre acordo de vontades, eram "justos" por definição.[6]

Os paradoxais efeitos do direito liberal podem ser bem visualizados na passagem indignada de Paul Lafargue, que, analisando estudo sobre as jornadas de trabalho, constatou: "os forçados das prisões trabalhavam apenas dez horas; os escravos das Antilhas, nove horas em média, enquanto na França – que havia feito a revolução de 89, que havia proclamado os pomposos Direitos do Homem – havia manufaturas onde a jornada de trabalho era de dezesseis horas. Que miserável aborto dos princípios revolucionários da burguesia!"[7]

Os juristas não tardaram a perceber que a liberdade não era tudo. Em um cenário de desigualdade econômica e social, a liberdade dos mais fracos acabava inteiramente engolida pela liberdade dos mais fortes.[8] Como resultado das revoluções liberais que haviam varrido o mundo, o próprio homem passara a substituir o soberano como titular do poder e autor das arbitrariedades.[9] Ao criar um espaço de atuação a salvo de qualquer interferência do Estado, o liberalismo jurídico acabava por chancelar a submissão imposta pelas forças econômicas. Qualquer renúncia do homem aos seus direitos mais essenciais era vista como legítima porque fundada na "livre manifestação de vontade" do renunciante.

Já não bastava proteger o homem contra os desmandos do Estado. Nem parecia suficiente proteger o homem contra agressões dos seus semelhantes. Era preciso evitar que o próprio homem, premido por necessidades mais imediatas, abrisse mão dos seus direitos essenciais. Fazia-se necessário e urgente erguer barreiras contra o canibalismo da vontade. Muitos juristas passariam, então, a defender a criação de uma nova categoria que fosse capaz de assegurar, no campo do próprio direito privado, a proteção daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos.

---

[6] Tornou-se célebre neste sentido a afirmação de Alfred Fouillée: "*qui dit contractuel, dit juste*" (quem diz o contratual, diz o justo).

[7] Paul Lafargue. *O Direito à Preguiça*, São Paulo: Hucitec; Unesp, 1999, p. 77.

[8] Enzo Roppo. *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 38.

[9] Darcy Bessone. *Ideias Políticas*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 8.

3 Direitos da personalidade

Foi nesse contexto histórico da segunda metade do século XIX, marcado por injustiças e revoltas, que surgiram as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade. A expressão foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado.[10] Eram, já então, direitos considerados essenciais à condição humana, direitos sem os quais "todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo, ao ponto de se chegar a dizer que, se não existissem, a pessoa não seria mais pessoa".[11]

Afirmava-se, nessa direção, que os direitos da personalidade eram absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, características ainda hoje repetidas na legislação pátria e estrangeira.[12] A categoria abrangia um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem. Domado o *Leviatã*, o direito se propunha agora a enfrentar o lobo. A luta, contudo, não foi fácil.

Os direitos da personalidade encontraram forte resistência em um ambiente jurídico ainda marcado pelo pensamento liberal, especialmente no campo do direito privado. Contribuiu também para isso a existência de divergências significativas entre os próprios defensores da categoria. Não havia, por exemplo, consenso sobre quais eram os direitos da personalidade. Falava-se com frequência no direito ao próprio corpo, no direito à honra e no direito à vida, mas alguns autores acrescentavam, ainda, o direito ao nome e outros direitos. Havia mesmo quem incluísse no rol o direito à propriedade, cuja natureza patrimonial representava, para outros, a própria antítese dos direitos da personalidade. Para parte da doutrina, não havia ainda "direitos da personalidade" no plural, mas um único "direito geral da personalidade". Os desacordos, enfim, eram muitos.

Nesse cenário, não chega a ser espantoso que juristas importantes, como Savigny, Von Thur e Enneccerus, negassem qualquer validade científica à categoria. Viam nela uma inovação inconsistente. Sustentavam, em poucas palavras, que os direitos da personalidade configuravam uma contradição nos próprios termos, já que tinham como *objeto* o próprio *sujeito*. Se, para o direito civil, a personalidade consistia na capacidade de ter direitos, não podia essa mesma personalidade figurar como objeto de direito algum.

---

[10] Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, Campinas: Booksellers, 1999, v. I, p. 275-276.

[11] É a lição de Adriano De Cupis, em seu célebre *I diritti della personalità*, Milão: Giuffré, 1950, p. 18-19.

[12] Tais características serão examinadas detalhadamente mais adiante.

As críticas seriam, pouco a pouco, superadas. Estudos de relevo demonstrariam que a noção de personalidade deve ser considerada sob dois aspectos distintos. Sob o aspecto *subjetivo*, identifica-se com a capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações. Sob o aspecto *objetivo*, contudo, "tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico".[13] Nesse último sentido é que se fala em direitos da personalidade.

Por muito tempo, contudo, as críticas aos direitos da personalidade minaram seu desenvolvimento. O Código Civil alemão, aprovado em 1896, não acolheu expressamente a categoria, frustrando os seus adeptos. O Código Civil brasileiro de 1916 também não trouxe qualquer menção ao assunto. A omissão gerou efeitos desastrosos. As poucas alusões aos direitos da personalidade que existiam na nossa doutrina praticamente desapareceram da manualística nas décadas seguintes. O interesse pelo tema só voltaria a ser despertado a partir da segunda metade do século XX, já então com força irresistível.

4 A pessoa em perigo

Duas guerras mundiais, os horrores do holocausto nazista e a efetiva utilização da bomba atômica foram apenas alguns dos assustadores acontecimentos que o mundo testemunhou no curto intervalo entre 1914 e 1945. Embora a História tenha conhecido massacres mais avassaladores,[14] nunca antes a repercussão de tais atrocidades provocara uma sensação tão generalizada de fragilidade. Em toda parte, despertaram os anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade.[15] Laços de solidariedade formaram-se em torno do propósito maior de preservação da humanidade, preocupação que passaria a guiar os passos da comunidade jurídica internacional.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, afirmaria expressamente que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". A

---

[13] Gustavo Tepedino, *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*, *Temas de Direito Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

[14] É emblemático o caso da "conquista" da América Latina, que deixou tantos ou mais mortos que a Segunda Guerra Mundial. Sobre o tema, ver Eduardo Galeano, *As Veias Abertas da América Latina*, São Paulo: Paz e Terra, 1996.

[15] Como explica Umberto Eco: "Foi neste século que se desenvolveu pela primeira vez uma solidariedade em escala planetária. Mesmo quando não a praticamos, sentimos que ela é um dever. [...] Outrora massacrava-se e não se sentia arrependimento" (*Entrevistas sobre o Fim dos Tempos*, Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 201).

consagração da dignidade humana como "fundamento da liberdade" e valor central da ordem jurídica internacional influenciou as Constituições da segunda metade do século XX, que a incorporaram como verdadeira razão de ser do Estado Democrático de Direito. A Constituição brasileira a menciona já em seu art. 1º, entre os fundamentos da República:

> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> III – a dignidade da pessoa humana."

No Brasil, como em diversos outros países, a dignidade humana assumiu posição de destaque no ordenamento jurídico.[16] Considerada como "princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas",[17] a dignidade humana tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas.

Ao mesmo tempo, a visão cientificista do direito cede espaço a um viés mais principiológico e valorativo, que estimula o reenvio da solução dos casos concretos ao patamar mais elevado dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a dignidade humana tem sido diretamente aplicada a um sem-número de casos concretos. Sua invocação tem se tornando cada vez mais frequente não apenas nos debates acadêmicos, mas também nas motivações das decisões judiciais, nas peças advocatícias, nas decisões administrativas, nos debates parlamentares, nas justificativas de projetos de lei e assim por diante. Toda essa imensa importância revela-se espantosa quando se verifica que a dignidade humana é uma noção raramente conceituada.

5 A dignidade humana

"Para nós, o respeito aos direitos humanos não nasce somente do mandamento da lei ou das declarações internacionais, mas é resultante da nossa cristã e

---

[16] Gustavo Tepedino, *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro*, cit., p. 50.

[17] Luiz Edson Fachin, *Fundamentos, Limites e Transmissibilidade – Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. Revista da EMERJ*, v. 8, nº 31, 2005, p. 58.

profunda convicção de que a dignidade do homem representa um valor fundamental." A vistosa afirmação é de Jorge Rafael Videla, cruel ditador da América Latina, responsável pelo golpe que destituiu Isabelita Perón e conduziu a Argentina à mais sanguinolenta ditadura de sua História.[18] A surpreendente autoria revela como a invocação da dignidade humana em um grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado. Pior: seu uso indiscriminado pode conduzir à banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea. Daí a importância crucial de se compreender o que é a dignidade humana, esmiuçando seu conceito e desbravando seus múltiplos aspectos.

A tarefa não é nada simples. Poucas noções apresentam contornos tão fluidos. Sua longa trajetória filosófica não é unívoca, mas gravita sempre em torno da mesma ideia: a de que a espécie humana possui uma qualidade própria, que a torna merecedora de uma estima (*dignus*) única ou diferenciada. A dignidade humana não corresponde, portanto, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, isto sim, "uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano", sendo frequentemente apresentada como "o valor próprio que identifica o ser humano como tal".[19] Seu conceito pode ser formulado nos seguintes termos: a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural.

Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa "sempre como um fim e nunca como um meio".[20] Nesse sentido é que se revela "contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto".[21] Foi o que se viu, por exemplo, no caso do lançamento de anão. No entender do Conselho de Estado francês, aquela estranha prática reduzia o sujeito Manuel Wackenheim a objeto do lazer alheio, afrontando, desse modo, a sua dignidade humana.

Claro que o entendimento não é inquestionável. A dignidade humana não consiste em um conceito de aplicação matemática. A própria percepção do que é ou não é essencial ao ser humano varia conforme a cultura e a história de cada povo, e também de acordo com as concepções de vida de cada indivíduo. Tamanha fluidez não agrada aos juristas, sempre ansiosos por um porto seguro que permita

---

[18] A frase do ditador é citada por Gherardo Colombo, *Sulle Regole*, Milão: Feltrinelli, 2008, p. 26.

[19] Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38-39.

[20] Emmanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 79.

[21] Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

distinguir o certo do errado, o lícito do ilícito, o legítimo do ilegítimo, dando alguma segurança e previsibilidade às soluções dos conflitos que possam surgir na vida social. Daí a necessidade tão sentida nos meios jurídicos de, sem rejeitar o caráter aberto da dignidade humana, indicar os principais atributos que a compõem. Daí o ressurgimento dos direitos da personalidade na experiência jurídica contemporânea.

6 De volta aos direitos da personalidade

Sílvio chegou ao trabalho desanimado. Vendedor de uma grande companhia de bebidas, não tinha conseguido, apesar de todo o seu esforço, atingir as metas fixadas para aquele mês. Já sabia o que o esperava: um colega lhe entregaria um colete com estampa de micos ou uma calcinha vermelha que ele seria obrigado a usar por cima da roupa, durante todo o dia, como "prenda" pelo seu insucesso. O gerente estimularia as "brincadeiras" e talvez chegasse ao ponto de pendurar sobre a cabeça do empregado um frango de borracha. Se Sílvio se recusasse a participar daquele pequeno circo, seria obrigado a passar pelo "corredor polonês", recebendo tapas e pontapés dos colegas de trabalho.

O caso foi parar no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. A corte entendeu que "as tais 'brincadeiras', orientadas pelo gerente, extrapolaram os limites da razoabilidade, causando humilhação ao empregado". A companhia acabou condenada a pagar uma indenização de 20 mil reais a título de compensação pelo "dano moral descrito, lesão que se opera no âmago do indivíduo".[22] Configurou-se o chamado assédio moral.[23] Sílvio fora atingido na sua dignidade humana, por meio da lesão a uma esfera essencial à sua realização como pessoa: a honra, direito da personalidade.

A violação à honra no ambiente de trabalho é apenas uma das variadíssimas maneiras de se atingir a dignidade humana. O uso indevido de imagem, a discriminação genética, a invasão à privacidade, o furto de dados pessoais, a agressão física ou psicológica são exemplos de outros perigos que cercam a condição humana. Na prática jurídica, tais perigos dão ensejo a um conjunto amplo de impasses e conflitos que não podem ser enfrentados e resolvidos com uma simples alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Faz-se necessário especificar, em cada situação concreta, o seu efetivo conteúdo. Foi com esse propósito que, em diversos países, a antiga doutrina dos direitos da personalidade passou a ser revisitada.

---

[22] TRT-15ª Região, Recurso Ordinário 618-2006-067-15-00-0, Juiz Relator Samuel Hugo Lima, 4.4.2008.

[23] O tema será examinado detalhadamente mais adiante, no capítulo relativo ao direito à honra.

As velhas divergências em torno da categoria dogmática perderam muito de sua importância quando os direitos da personalidade passaram a ser reexaminados com um olhar destinado a extrair suas diferentes potencialidades práticas. No conjunto (embora sempre aberto e mutável) de atributos essenciais que integram a dignidade humana, os juristas souberam enxergar a oportunidade de melhor compreender seu conteúdo, identificar as forças que a ameaçam em cada época e construir os modos mais eficientes de protegê-la, não apenas frente ao Estado, mas também e sobretudo nas relações entre os próprios particulares.

Não foi por outra razão que, no Brasil, após quase um século de esquecimento, os direitos da personalidade ressurgiram a partir da Constituição de 1988 e acabaram expressamente incorporados ao novo Código Civil, aprovado em janeiro de 2002.

7 O Código Civil de 2002

A consagração da dignidade humana no cenário internacional e sua incorporação à Constituição brasileira de 1988 atingiram em cheio o direito privado e especialmente o direito civil. Antes restrito ao tratamento das coisas, marcado por uma ótica excessivamente patrimonialista, o direito civil brasileiro abriu, enfim, os seus olhos para as pessoas. No clima efervescente gerado pela redemocratização e pela promulgação do novo texto constitucional, avançados civilistas vieram defender a necessidade de releitura do direito civil à luz dos novos valores existenciais, acolhidos pela Constituição.[24]

Essa escola de pensamento civil-constitucional enfrentaria, ao longo da década de 1990, a resistência de setores mais atrelados à tradição liberal e patrimonialista do direito civil. Suas ideias centrais acabariam, contudo, por fazer estrada na doutrina, conquistando as novas gerações de civilistas. A jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, reforçaria o quadro, aplicando diretamente os princípios constitucionais para a solução de conflitos entre particulares. Na alvorada do século XXI, tudo parecia caminhar para a consolidação de um direito civil reinterpretado a partir da proteção da dignidade humana e da solidariedade social.

Foi nesse auspicioso ambiente que veio à tona um novo Código Civil. Seu surgimento não teve, contudo, qualquer relação com as transformações recentes por que

---

[24] Ver, especialmente: Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, *Temas de Direito Civil*, cit., p. 1-22; e Maria Celina Bodin de Moraes, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, nº 65, 1993, p. 21-32. Sobre o tema, seja permitido remeter a Anderson Schreiber, Direito Civil e Constituição, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 48, 2011, p. 3-26.

passava o direito civil brasileiro. Em vez de se elaborar um texto verdadeiramente novo, o Congresso Nacional acabou instado a recuperar um projeto de codificação elaborado na década de 1970, quando a ditadura militar ainda imperava no Brasil. O discreto processo de aprovação, conduzido ao longo do ano de 2001, prescindiu de uma efetiva discussão com a sociedade e com a comunidade jurídica acerca do conteúdo, da necessidade e do papel da nova codificação. O resultado, publicado no Diário Oficial, de 11 de janeiro de 2002, foi um novo Código Civil que de novo pouco tem.

A ausência de grandes inovações se explica, em parte, pela própria falta de atualidade do projeto original, elaborado mais de uma década antes da atual Constituição da República e, por isso, necessariamente indiferente às profundas transformações por ela provocadas no direito brasileiro. Para ficar em um só exemplo, o Código Civil não faz qualquer menção à existência ou aos institutos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor de 1990, cuja elaboração exprime princípios fundamentais de ordem constitucional e atende a expresso comando do Constituinte.[25]

Além disso, deixou marcas o fato de o projeto ter sido concebido sob a batuta de um governo ditatorial e conservador. Embora formada por juristas brilhantes da época, a comissão encarregada da redação do projeto original trabalhou sob a expressa premissa de "não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade".[26] O resultado, como não poderia deixar de ser mais de trinta anos depois, é um Código Civil excessivamente apegado ao passado. Sua publicação em 2002 foi recebida pela melhor doutrina como "um duro golpe na experiência constitucional brasileira".[27]

Nem tudo, entretanto, são espinhos no Código Civil de 2002. Ainda que pontualmente e de maneira mais tímida do que poderia ter ocorrido, inovações importantes foram inseridas, como a expressa consagração da boa-fé objetiva (arts. 113, 187 e 422), a introdução em nosso ordenamento da função social do contrato (art. 421) e a ampliação das hipóteses de responsabilidade civil objetiva (arts. 927, parágrafo único, 933, 936). Além desses avanços, há um em especial

---

[25] Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ver, ainda, o disposto nos arts. 5º, XXXII, 170, V, da Constituição.

[26] Miguel Reale, *O Projeto de Código Civil – Situação Atual e Seus Problemas Fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 76.

[27] Gustavo Tepedino, *O Novo Código Civil: Duro Golpe na Recente Experiência Constitucional Brasileira*, editorial à *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, 2001. Antes da sua promulgação, o projeto de Código Civil chegou a ser considerado inconstitucional por importantes civilistas. Ver, neste sentido: Luiz Edson Fachin; Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, *Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição*, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, 2000, p. 243-263.

que nos interessa: o Código Civil de 2002 dedicou um inteiro capítulo aos direitos da personalidade.

8 Erros e acertos do legislador

Já em seu segundo capítulo, o Código Civil dedicou-se aos direitos da personalidade. Em onze artigos (arts. 11 a 21), a codificação procurou regular o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. A inserção dos direitos da personalidade na Parte Geral do Código Civil já representa, por si só, uma admirável evolução em relação ao Código Civil de 1916, carregado de tintas patrimoniais. A inauguração de um capítulo dedicado à proteção da pessoa, em seus aspectos essenciais, deve ser interpretada como afirmação do compromisso de todo o direito civil com a tutela e a promoção da personalidade humana. O acerto do legislador nesse aspecto é indiscutível e merece todos os aplausos.

No corpo do capítulo, contudo, os aplausos se dissipam. Ao longo deste livro, no exame dos onze artigos mencionados, o leitor perceberá que o Código Civil incorreu em alguns equívocos sérios no tratamento dos direitos da personalidade. Há, como é natural, falhas pontuais e deslizes técnicos, que ocorrem na maior parte das leis, mas há também enganos maiores. Contaminado pelo espírito do seu tempo, o Código Civil acabou tratando dos direitos da personalidade de modo excessivamente rígido e puramente estrutural. Muitos dos dispositivos dedicados ao tema trazem soluções absolutas, definitivas, fechadas, que, como se verá adiante, não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando a solução de casos concretos.

Os descuidos do Código Civil não conduzem, entretanto, a um cenário de desalento para o jurista. Ao contrário: o estudante, o advogado, o juiz, o intérprete da norma, de modo geral, é convocado para corrigir os desvios do legislador, por meio de uma interpretação construtiva que permita dar solução adequada aos inúmeros conflitos envolvendo os direitos da personalidade. Examinando e compreendendo a dinâmica de cada direito da personalidade, é possível contribuir de modo decisivo para a construção dos parâmetros e balizas que permitirão enfrentar os dificílimos casos concretos que se multiplicam na realidade contemporânea. É a isso, essencialmente, que este livro convida o leitor.

Antes, contudo, fazem-se necessárias algumas advertências sobre os direitos da personalidade em geral. A primeira é de ordem terminológica: diz respeito ao próprio nome da categoria, que o Código Civil estampa já no título do seu capítulo II.

9 Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade

Os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas. No decorrer dos últimos séculos, o tema foi tratado sob diferentes enfoques e distintas denominações. A Assembleia Constituinte Francesa, por exemplo, referiu-se, em sua célebre declaração de 1789, aos *Direitos do Homem e do Cidadão*. Já a Declaração das Nações Unidas, de 1948, emprega a expressão *Direitos Humanos*. A Constituição brasileira de 1988 dedica-se, em seu Título II, aos *Direitos e Garantias Fundamentais*. O Código Civil brasileiro reserva um capítulo aos *Direitos da Personalidade*. Qual é, afinal, a distinção entre todas essas expressões?

A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão *direitos humanos* é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. *Direitos fundamentais*, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar "direitos positivados numa constituição de um determinado Estado".[28] É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.

Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana. No plano internacional, a regulação da proteção dos chamados direitos humanos depende do consenso entre diferentes culturas e pode apresentar variações em relação ao direito interno de cada Estado. No plano interno, embora também possa variar o tipo de proteção oferecida pelo ordenamento conforme o ofensor seja o particular ou o Poder Público (exemplo marcante, no Brasil, é a possibilidade de impetrar mandado de segurança), a proximidade entre os dois terrenos é cada vez maior. A ciência jurídica contemporânea vem superando o abismo, cavado pelos juristas do passado, entre o direito público e o direito privado para reunificar as duas esferas em torno da unidade constitucional.

---

[28] Edilsom Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 72.

Interessante notar, nesse sentido, que a maior parte dos direitos da personalidade mencionados pelo Código Civil brasileiro (imagem, honra, privacidade) encontram previsão expressa no art. 5º do texto constitucional. Mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III, da Constituição. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais.[29]

A rigor, a tarefa a que se propõe o Código Civil brasileiro é tão somente a de especificar o tratamento reservado a certos atributos da personalidade humana "que produzem efeitos mais agudos nas relações civis".[30] A codificação regula, por exemplo, o direito sobre a própria imagem, aspecto que vem à tona com especial frequência no confronto entre o retratado e sociedades privadas dedicadas à transmissão de informação. Isso não quer dizer que a imagem não seja protegida também em face do Estado e em outras esferas, já que, como manifestação da personalidade humana, encontra-se resguardada pela Constituição (arts. 1º, III, e 5º, V e X) de ameaças de qualquer natureza. Como já advertia refinada doutrina, "só através do entendimento da ordem jurídica como um todo", no qual a proteção da pessoa humana ocupa papel central, "é possível dar à noção de direitos da personalidade sua real amplitude".[31]

Compreender a unidade da proteção jurídica reservada à condição humana é importante também para entender por que o rol de direitos da personalidade contemplado pelo Código Civil não é taxativo ou fechado. Além dos atributos ali indicados, outros podem se revelar ameaçados na análise de conflitos entre particulares.

10 Rol aberto dos direitos da personalidade

Certa manhã, um advogado de São Paulo foi surpreendido ao reconhecer sua foto em uma matéria de jornal. Ficou ainda mais surpreso quando leu o título da reportagem: "Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual." O mote da matéria era uma certa região da capital paulista, cujos bares e cafés atrairiam o

[29] Nem todos os direitos fundamentais, contudo, são direitos da personalidade, já que o rol constitucional se propõe a assegurar proteção também a outros interesses de cunho patrimonial (*v. g.*, direito de herança e direito de propriedade) ou de cunho coletivo (*v. g.*, como direito de representação das entidades associativas e direito de greve) que, embora também possam encontrar relação indireta com a proteção da pessoa, não são considerados atributos essenciais à condição humana, não se qualificando, tecnicamente, como direitos da personalidade.

[30] Paulo Luiz Netto Lobo, *Danos Morais e Direitos da Personalidade, Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, p. 92.

[31] José Lamartine Corrêa; Francisco José Ferreira Muniz, *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade, Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 19, Curitiba: UFPR, 1980, p. 228.

chamado "público GLS", formado por "gays, lésbicas e simpatizantes". A reportagem de meia página vinha ilustrada com a foto do advogado abraçando um amigo em frente a um estabelecimento comercial, descrito como "o local preferido para os *blind dates*, ou encontro às escuras, marcados pela Internet entre pretendentes que ainda não se conhecem pessoalmente". O advogado propôs ação judicial contra o jornal, porque, segundo explicou na petição inicial, não era homossexual.

A empresa jornalística foi condenada a indenizar o advogado em R$ 250.000,00.[32] Para além do fato de ter utilizado a imagem alheia sem autorização, a publicação lesou o retratado ao lhe atribuir condição que não lhe era própria. A matéria apresentou o retratado "sob falsas luzes" aos leitores do jornal. Não se trata tecnicamente de violação ao direito à honra, pois a apresentação do retratado como homossexual não afeta ou não deveria afetar a reputação do autor em seu meio social. Trata-se, contudo, da imputação falsa de uma certa característica, o que viola um outro aspecto da sua personalidade, denominado direito à identidade pessoal.

O direito à identidade pessoal não encontra previsão expressa no Código Civil. A codificação limitou-se a tratar de cinco direitos da personalidade: direito ao corpo, direito ao nome, direito à honra, direito à imagem e direito à privacidade. Ainda assim, é fácil perceber que o direito à identidade pessoal merece proteção em nosso ordenamento jurídico, por força da cláusula geral de tutela da dignidade humana, consagrada no art. 1º, III, da Constituição. O mesmo pode se dizer do direito à integridade psíquica ou do direito à liberdade de expressão. Em outras palavras: embora o Código Civil brasileiro tenha tratado apenas de alguns direitos da personalidade e não tenha tido cuidado de ressalvar a existência de outros tantos além daqueles que contempla em seus arts. 11 a 21, essa omissão não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, III, da Constituição.

É claro que, em relação a essas manifestações humanas que carecem de previsão legal expressa, instaura-se frequentemente um debate doutrinário e jurisprudencial. Na falta de explícito reconhecimento legal, é preciso definir se tais manifestações integram ou não a dignidade humana. Cumpre verificar se consistem em esferas essenciais da personalidade humana, que escaparam à atenção do legislador, ou se configuram, ao contrário, aspectos menores da existência individual que não podem ser elevados a direitos da personalidade. E nem sempre há consenso quanto à conclusão.

Significativa controvérsia tem-se, por exemplo, em relação ao direito à vida sexual. No rastro da experiência estrangeira, vêm se multiplicando no Brasil ações judiciais voltadas à obtenção de indenização pela privação permanente ou temporária de uma vida sexual sadia. O Tribunal de Justiça de São Paulo examinou,

[32] STJ, Recurso Especial 1.063.304/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 26.8.2008.

em 2009, o caso de uma mulher que pediu indenização pela privação da sua vida sexual e por outros inconvenientes decorrentes do estado de saúde do seu marido, que se tornou impotente e bastante debilitado após acidente sofrido na embarcação de certa companhia. A companhia alegava, em sua defesa, que o marido já havia obtido a necessária indenização pelo dano sofrido, de modo que a mulher carecia de legitimidade para obter outra indenização. O martírio da mulher não decorreria diretamente do acidente, mas sim dos deveres inerentes ao vínculo matrimonial, que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, ela estava livre para romper.

O Tribunal de Justiça de São Paulo deu, contudo, razão à esposa, entendendo que as circunstâncias do caso concreto "revelam o dano moral sofrido pela autora durante os seis anos que se viu obrigada a abdicar da sua vida pessoal para cuidar e conviver com os problemas físicos e de saúde do marido. Sem falar na vida sexual do casal que foi completamente afetada".[33] Concluiu, assim, a corte que a autora tinha sofrido um dano autônomo, diverso daquele sofrido pelo marido e que consistia na lesão à sua própria vida social, fisiológica e sexual, aspectos essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Como se vê, a ausência de previsão no Código Civil não encerra – antes, estimula – o debate em torno do reconhecimento de "novas" esferas essenciais de realização da pessoa humana.[34] No Brasil, empreende-se atualmente importante esforço para a construção de critérios aptos a distinguir, em meio à criatividade própria das ações judiciais, aqueles interesses que são realmente merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico pátrio.[35] A iniciativa é imprescindível para evitar a banalização do instituto que se tornou, na nossa prática judicial, o principal *front* de proteção da pessoa humana: a indenização por dano moral.

11 O dano moral

Figura de notável importância na prática judicial brasileira, o dano moral consiste justamente na lesão a um atributo da personalidade humana.[36] Assim, a lesão a qualquer dos direitos da personalidade, sejam expressamente reconhecidos ou não pelo Código Civil, configura dano moral.

À conceituação do dano moral como lesão à personalidade humana opõe-se outro entendimento bastante difundido na doutrina e jurisprudência brasileiras,

---

[33] TJSP, Apelação Cível 339.515.5/6, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, 19.8.2009.

[34] Novo, a rigor, é tão somente o reconhecimento da necessidade de proteção jurídica dessas esferas, que, em si mesmas, podem ser tão antigas quanto o próprio homem, como bem se percebe no exemplo da vida sexual.

[35] Sobre o tema, seja consentido remeter a Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 119-184.

[36] Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 182-192.

segundo o qual o dano moral consistiria na "dor, vexame, sofrimento ou humilhação".[37] Tal entendimento, frequente nas nossas cortes, tem a flagrante desvantagem de deixar a configuração do dano moral ao sabor de emoções subjetivas da vítima. No extremo, sua aplicação conduz a resultados lamentáveis, como se viu no caso da atriz Maitê Proença, que, após ver sua nudez estampada sem autorização em jornal de grande circulação, teve seu pedido de indenização negado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao seguinte argumento:

> "Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado."[38]

A toda evidência, a definição do dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível. A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão.[39] A reportagem que ataca, por exemplo, a reputação de paciente em coma não causa, pelo particular estado da vítima, qualquer dor, sofrimento, humilhação. Apesar disso, a violação à sua honra configura dano moral e exige reparação.

Compreendido o conceito de dano moral, cumpre analisar os diferentes modos de repará-lo. Certo que, na perspectiva da vítima, a lesão à sua personalidade é quase sempre irreparável. Isso não pode servir, contudo, como desculpa para deixar sem qualquer compensação o lesado. Nem se pode argumentar, como fizeram nossos tribunais até meados da década de 1960, que indenizar a dor com dinheiro (*pecunia doloris*) seria imoral.[40] Imoralidade maior ocorreria se a vítima fosse

---

[37] Entre outros tantos exemplos, TJRJ, Apelação Cível 2005.001.34788, 20.12.2005.

[38] A decisão foi reformada, por apertada maioria, no Superior Tribunal de Justiça. O caso será discutido em detalhes no capítulo atinente ao direito de imagem.

[39] Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, cit., p. 106.

[40] Em 1966, o Supremo Tribunal Federal admitiu, pela primeira vez, a indenização por dano moral puro, ou seja, desacompanhado de um dano patrimonial. Sobre o tema, ver Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

deixada sem qualquer espécie de reparação. Daí ser, hoje, indiscutível o direito do lesado à compensação pelo dano moral sofrido.

A espécie de compensação mais comum é a indenização em dinheiro, devendo o Poder Judiciário, em tal hipótese, arbitrar seu valor em consonância com a gravidade do dano, aferida em face das condições pessoais da vítima. "Assim, especial será o dano ao ouvido de um esportista ainda que não profissional que ama nadar ou para quem se dileta a ouvir música; assim como será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador."[41]

À parte a indenização monetária, o dano moral pode ser compensado também de modo não pecuniário, caso isso atenda ao interesse da vítima. Tome-se como exemplo a situação do empregado que, humilhado pelo empregador no ambiente de trabalho, decide promover ação judicial com o legítimo propósito de ver reparado o dano que sofreu em sua honra. É certo que a atribuição de um valor financeiro tem efeito benéfico sobre a vítima, mas compensação ainda mais ampla pode ser alcançada, além da indenização em dinheiro, se o empregador for condenado, por exemplo, a afixar no espaço de trabalho pedidos públicos de desculpas ao ofendido.

Em outras situações semelhantes, a doutrina alude à "publicação de versão verdadeira, ou a supressão do escrito falso", ou ainda à faculdade de "compelir um editor que omitiu o nome do autor a incluir erratas nos exemplares e a fazer comunicações públicas da falha".[42] São modalidades de compensação não pecuniária que assumem muitas vezes maior relevância que a transferência de certa quantia de dinheiro no ambiente quase secreto de uma sala de audiências. A compensação não pecuniária desestimula, ainda, a visão de que "quem tem mais, pode causar mais dano", uma vez que impõe sobre o ofensor uma obrigação que transcende a entrega de recursos pecuniários.[43]

Registre-se que os dois modos de compensação do dano moral podem e devem ser combinados, a fim de se alcançar a mais plena compensação do dano sofrido pela vítima. Confira-se, a título ilustrativo, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, em caso de interrupção indevida no fornecimento de energia elétrica, condenou a concessionária não apenas a pagar à vítima uma quantia em dinheiro, mas também a lhe enviar um pedido de desculpas na fatura seguinte:

> "[...] no mais das vezes, quando aplicada isoladamente a resposta pecuniária, não satisfaz plenamente os anseios da vítima, não compensando, integralmente, o

---

[41] Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, Trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 174.

[42] Walter Moraes, *Direito da Personalidade: Estado da Matéria no Brasil*, Antonio Chaves (Coord.), *Estudos de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 133.

[43] Anderson Schreiber. *Reparação Não Pecuniária dos Danos Morais*. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Orgs.), *Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro*, Curitiba: Juruá, 2011.

desvalor moral. Daí ser cabível, ainda que não se encontre expressamente previsto, a veiculação de pedido de desculpa pela falha do serviço prestado e pela consequente interrupção do fornecimento de energia elétrica".[44]

A imensa maioria das cortes pátrias continua, todavia, a compensar os danos morais exclusivamente por meio de uma indenização em dinheiro. Os tribunais brasileiros já "despatrimonializaram" o dano, mas não ainda a sua reparação. A maioria dos advogados também não parece interessada em pleitear a compensação não pecuniária. Para combater a insuficiência inevitável das somas de dinheiro, tem se argumentado que a responsabilidade civil deve exercer uma função punitiva, que garanta à vítima... mais dinheiro.

12 *Punitive damages*

Stella Liebeck, uma distinta senhora de 79 anos de idade, entrou para a história do direito norte-americano ao comprar um café numa lanchonete *drive-through* da rede McDonald's. Sentada no banco do passageiro de um carro, ela colocou o copo de café entre as pernas e tentou remover a tampa de plástico, puxando-a na sua direção. Acabou derramando todo o conteúdo do café nas próprias pernas e sofrendo queimaduras de terceiro grau. Stella ficou oito dias hospitalizada e passou por um longo tratamento médico. Recuperada, propôs ação judicial contra o McDonald's. Um júri formado por doze pessoas decidiu que a rede deveria pagar a Stella 200 mil dólares, a título de compensação pelos danos sofridos, e quase três milhões de dólares, a título de *punitive damages*.[45]

Os *punitive damages* são uma indenização punitiva. Atribui-se à vítima uma quantia superior ao valor do dano sofrido, com a declarada finalidade de punir o ofensor e desestimular a repetição da conduta lesiva. De longa tradição nos Estados Unidos, o instituto foi aplicado pela primeira vez em 1784, na condenação de um médico que, após haver aceitado um desafio para participar de um duelo de pistolas, inseriu secretamente na taça de vinho do seu adversário uma dose considerável de cantaridina e propôs um drinque de reconciliação. A substância provocou dores extremas na vítima. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que a malícia do médico merecia, naquelas circunstâncias, uma "punição exemplar".[46]

---

[44] TJRJ, Apelação Cível 22.993/2009, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, 19.6.2009.

[45] *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994). A decisão, que se tornaria uma espécie de símbolo dos exageros da responsabilidade civil norte-americana, acabou reformada com a redução do valor total da indenização para cerca de 640 mil dólares. Dessa segunda decisão também houve recurso e as partes acabaram chegando a um acordo em valores não divulgados.

[46] *Genay v. Norris*, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1784). Para detalhes acerca da evolução histórica dos *punitive damages* nos Estados Unidos, ver: Michael Rustad; Thomas Koening, *The Historical Continuity*

O instituto não encontra previsão expressa no direito brasileiro. Em nossa tradição, a punição sempre foi desempenhada pelo direito penal, reservando-se ao direito civil uma função exclusivamente reparatória. Entretanto, no campo do dano moral, o espírito punitivo tem feito estrada. No afã de assegurar indenizações mais elevadas às vítimas, a doutrina brasileira tem aludido a um "duplo caráter" da indenização por dano moral, que combinaria (i) o caráter compensatório, voltado a reparar o dano moral sofrido, e (ii) o "caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou".[47] Diversos autores sustentam, nessa direção, que "a indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto".[48] Outros doutrinadores se referem, de modo mais velado, a uma função "pedagógica" ou dissuasiva, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia declaradamente superior ao dano moral sofrido.

A imensa maioria das cortes brasileiras tem chancelado o duplo caráter do dano moral, aplicando na sua quantificação critérios claramente punitivos. São quatro os critérios normalmente empregados no arbitramento das indenizações por dano moral: (i) a gravidade do dano; (ii) a capacidade econômica da vítima; (iii) o grau de culpa do ofensor; e (iv) a capacidade econômica do ofensor. Os dois últimos critérios exercem uma função exclusivamente punitiva, pois, como adverte Maria Celina Bodin de Moraes, não dizem respeito ao dano em si, mas à conduta e à pessoa do ofensor.[49]

O uso de critérios punitivos no cálculo da indenização por dano moral gera diversas inconsistências e equívocos. Em primeiro lugar, implica frontal violação à letra da lei, segundo a qual "a indenização mede-se pela extensão do dano" (Código Civil, art. 944). Desvia-se, ainda, de diversos princípios fundamentais do ordenamento brasileiro, por atribuir ao juiz a possibilidade de estipular e aplicar uma pena sem prévia cominação legal. Pior: a pena é aplicada em um processo civil, sem as garantias próprias do processo penal. Além disso, não parece haver qualquer justificativa para atribuir *à vítima* esse valor adicional, cuja função é tão somente punir o causador do dano. Melhor seria, nesse sentido, que o dinheiro fosse destinado a um fundo de propósito específico ou a alguma entidade sem fins lucrativos.

---

of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers, The American University Law Review, Summer 1993, 42, p. 1269.

[47] Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 55. O mesmo entendimento é adotado por: Sergio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 82; Guilherme Couto de Castro, *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 25; entre outros.

[48] Mário Moacyr Porto, *Temas de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 33.

[49] *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 173.

Por fim, sob o prisma técnico, nenhum dos defensores da tese explica por que o caráter punitivo está adstrito à indenização do dano moral, não se aplicando igualmente ao dano patrimonial. De fato, se a justificativa da indenização punitiva é a conduta do ofensor, não há qualquer razão para que sua aplicação esteja limitada ao dano moral. Registre-se, ainda, que, na prática judicial brasileira, o réu acaba condenado ao pagamento de um valor fechado (por exemplo, "R$ 40.000,00 a título de indenização por dano moral"), ao contrário do sistema norte-americano, onde se distingue claramente a indenização compensatória (*compensatory damages*) e a indenização punitiva (*punitive damages*). A falta de distinção compromete não apenas a ampla defesa do réu, mas o próprio escopo da indenização punitiva, já que, desconhecida a extensão da pena, cai por terra o seu efeito dissuasivo.

Por essas e outras razões, deve-se resistir à tentação de importar os *punitive damages* para a realidade brasileira. A assimilação acrítica do instituto, que, note-se, vem sofrendo continuadas restrições até mesmo no direito norte-americano, promete gerar mais problemas que soluções.[50] A proteção dos direitos da personalidade pode e deve ser incrementada por outros caminhos. Além da já mencionada compensação não pecuniária, as ações coletivas são instrumento precioso para desestimular condutas indesejáveis. Ademais, compete aos tribunais brasileiros superar a timidez que tem guiado o arbitramento das indenizações por dano moral.

Com efeito, a única razão para se cogitar de uma indenização punitiva é o baixo valor das indenizações compensatórias, problema que pode ser solucionado de modo muito mais simples, por meio de uma atitude mais generosa das nossas cortes na quantificação do dano à pessoa humana. Os tribunais superiores têm se prendido a patamares pouco expressivos, dos quais raramente se distanciam. Ao argumento de que é necessário manter certa uniformidade no cálculo das indenizações, têm procedido a um verdadeiro "tabelamento judicial", que contraria a própria essência do dano moral: singular, inigualável e diverso em relação a cada ser humano. Nossa jurisprudência clama, nesse aspecto, por uma correção de rota.

13 E as pessoas jurídicas?

Outro ponto polêmico é o que diz respeito ao dano moral das pessoas jurídicas. Ora, se o dano moral corresponde à violação de um direito da personalidade, e os direitos da personalidade consistem, por definição, em atributos essenciais à condição humana, não é difícil concluir que somente as pessoas humanas sofrem dano moral. A conclusão se embaraça diante do art. 52 do Código Civil, em que se lê:

---

[50] Para mais detalhes sobre o tema, seja permitido remeter a Anderson Schreiber. Arbitramento do Dano Moral no Novo Código Civil, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, p. 3-24.

> "Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade."

O dispositivo é perigoso. Os direitos da personalidade gravitam em torno da condição humana e, por isso mesmo, não têm qualquer relação com as pessoas jurídicas. As sociedades, as associações, as fundações e todas as demais espécies de entes abstratos detêm personalidade em sentido subjetivo, ou seja, possuem aptidão para a aquisição de direitos e obrigações. Não gozam, apesar disso, da especial proteção que o ordenamento jurídico reserva ao núcleo essencial da condição humana. Assim, o legislador não poderia atrair para o âmbito da pessoa jurídica um sistema de tutela concebido, inspirado e desenvolvido sempre com olhos voltados ao humano.

A extensão mostra-se mesmo impraticável em certos aspectos, como no tocante às normas que regulam aspectos da integridade física (arts. 13 a 15), absolutamente incompatíveis com as pessoas jurídicas. Outros aspectos, como a privacidade e a imagem, ainda poderiam em tese ser objeto de algum paralelo com a situação da pessoa humana, mas resta por demais evidente que, no plano jurídico, os valores em jogo são distintos. O sigilo industrial de uma pessoa jurídica deve, claro, ser protegido, mas não pode ser equiparado à tutela da privacidade da pessoa humana, atributo que a Constituição da República trata com especial cuidado e atenção. Os interesses das pessoas jurídicas merecem e recebem proteção do direito brasileiro, mas tal proteção não pode ser confundida com a privilegiada tutela que se reserva aos atributos essenciais da condição humana, sob pena de se violar a primazia que a Constituição atribui à dignidade humana e aos aspectos existenciais da pessoa natural.

Neste ponto é importante notar que o art. 52, embora pouco claro, não chega a afirmar que as pessoas jurídicas têm direitos da personalidade, nem que a elas se aplicam, no que couber, certos direitos da personalidade. O que o art. 52 estende às pessoas jurídicas é tão somente a "proteção" dos direitos da personalidade, no que couber. Em outras palavras, o dispositivo autoriza que alguns instrumentos destinados à tutela dos direitos da personalidade sejam invocados em benefícios das pessoas jurídicas. Nada mais. E mesmo essa extensão – limitada a alguns instrumentos protetivos – deve ser vista com cautela, atentando-se para a diversidade de fundamento e inspiração.

Indiferente a essas sutilezas, o Superior Tribunal de Justiça tem repetido que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral" (Súmula 227). A orientação é seguida por tribunais de todo o país, apesar da franca contradição com o conceito que a maior parte das nossas cortes ainda reserva ao dano moral: "dor, sofrimento, humilhação", sentimentos de que a pessoa jurídica, por óbvio, não compartilha. Independentemente

disso, o atentado à imagem, ao sigilo e, sobretudo, ao bom nome da pessoa jurídica são considerados pelas nossas cortes como fontes de dano moral.

A rigor, tais atentados não atingem a dignidade humana, mas o patrimônio das pessoas jurídicas. Por exemplo, se uma matéria jornalística atribui falsamente a certa sociedade empresária o emprego de mão de obra escrava, o atentado ao bom nome da companhia não significa nada mais que a desvalorização da sua marca, com eventual queda nas vendas e desestímulo aos negócios. Tais danos são, tecnicamente, danos patrimoniais. Todavia, na tradição jurídica brasileira, o dano patrimonial precisa ser numericamente demonstrado, por meio de cálculos ou perícias. Exigir da pessoa jurídica que demonstre matematicamente o efeito negativo da matéria jornalística ofensiva significaria lhe impor prova impossível ou de extrema dificuldade, por envolver bens ideais (embora seguramente econômicos), como a desvalorização da marca junto ao público.

Muito mais fácil foi rotular tal dano como dano moral, abrindo as portas para que o juiz promovesse a sua quantificação por arbitramento. Trata-se de um artifício útil. "Moraliza-se", por assim dizer, o dano patrimonial sofrido pela pessoa jurídica para permitir sua livre determinação pelo magistrado, dispensando-se o autor da prova quase impossível do prejuízo econômico experimentado em tais circunstâncias. Compreendida, contudo, a razão dessa inversão conceitual, é possível propor alternativas bem mais consistentes para a reparação dos prejuízos sofridos pela pessoa jurídica, como se verá no capítulo atinente ao direito à honra, onde a matéria será tratada em detalhe.

Por ora, basta reafirmar ao leitor que os direitos da personalidade aplicam-se exclusivamente à pessoa humana, não se estendendo, em que pese a linguagem dúbia do art. 52, às pessoas jurídicas, sob pena de flagrante confronto com sua definição, inspiração e propósito. A disciplina dos direitos da personalidade é repleta de características próprias, que destoam da maior parte dos direitos e que só se justificam diante da especial necessidade de proteção à dignidade humana.

14 Direitos intransmissíveis e inalienáveis

Machado de Assis retrata, em conto magnífico, a empreitada do Diabo, que, sentindo-se "humilhado com o papel avulso que exercia desde séculos, sem organização, sem regras, sem cânones, sem ritual, sem nada", decide criar uma religião para si, com o objetivo de "combater as outras religiões, e destruí-las de uma vez".[51] Como princípio fundamental da sua Igreja, o Diabo elege a venalidade:

[51] Machado de Assis, *A Igreja do Diabo*, *Contos Consagrados*, São Paulo: Ediouro. Também disponível em: <www.biblio.com.br>.

> "Um casuísta do tempo chegou a confessar que era um monumento de lógica. A venalidade, disse o Diabo, era o exercício de um direito superior a todos os direitos. Se tu podes vender a tua casa, o teu boi, o teu sapato, o teu chapéu, coisas que são tuas por uma razão jurídica e legal, mas que, em todo o caso, estão fora de ti, como é que não podes vender a tua opinião, o teu voto, a tua palavra, a tua fé, coisas que são mais do que tuas, porque são a tua própria consciência, isto é, tu mesmo?"

A lógica diabólica não seduziu o legislador brasileiro, que, já no primeiro dispositivo dedicado aos direitos da personalidade, determinou a sua intransmissibilidade:

> "Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária."

Como manifestações essenciais da condição humana, os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte do seu titular. Ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a propriedade e com os direitos de crédito, que podem ser livremente alienados e que se transmitem aos herdeiros do falecido, os direitos à imagem, à honra, à privacidade e todos os demais direitos da personalidade são exclusivos do seu titular. Nascem e morrem com aquela pessoa, não podendo ser cedidos, doados, emprestados, vendidos ou recebidos por herança.

É de se perguntar, todavia, como reage o ordenamento jurídico ao fato de alguém atentar contra os direitos da personalidade de pessoa já falecida. Por exemplo, o que ocorre se alguém publica uma notícia falsa, atribuindo a pessoa morta uma conduta reprovável ou até mesmo a prática de um delito? Não há dúvida de que, com a morte, a personalidade em sentido subjetivo (aptidão para adquirir direitos e obrigações) se extingue. A própria existência da pessoa cessa.[52] Mas o que ocorre com a personalidade em sentido objetivo, assim entendido o conjunto de atributos essenciais da pessoa humana? Extingue-se com a pessoa? Se não se extingue, tampouco se transmite a quem quer que seja, já que é intransmissível por definição. A ofensa fica, então, sem consequência?

O problema é tecnicamente delicado, mas o Código Civil, em boa hora, reservou-lhe uma solução prática. O parágrafo único do art. 12 ocupou-se do tema, atribuindo aos herdeiros legitimação para requerer medidas destinadas a fazer cessar a lesão ou ameaça aos direitos da personalidade do morto:

---

[52] Código Civil, art. 6º: "A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva."

> "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau."

Não se trata de uma concessão fantasmagórica, mas de norma ditada pelo interesse social. Os direitos da personalidade projetam-se para além da vida do seu titular. O atentado à honra do morto não repercute, por óbvio, sobre a pessoa já falecida, mas produz efeitos no meio social. Deixar sem consequência uma violação desse direito poderia não apenas causar conflitos com familiares e admiradores do morto, mas também contribuir para um ambiente de baixa efetividade dos direitos da personalidade. O direito quer justamente o contrário: proteção máxima para os atributos essenciais à condição humana.

Daí a necessidade de se proteger *post mortem* a personalidade, como valor objetivo, reservando a outras pessoas uma extraordinária legitimidade para pleitear a adoção das medidas necessárias a inibir, interromper ou remediar a violação, como autoriza o art. 12 do Código Civil. A solução é bem-vinda, embora o legislador tenha incorrido em alguns equívocos. Por exemplo, deixou de mencionar entre os legitimados o companheiro, limitando-se ao "cônjuge sobrevivente", e voltou a tratar do mesmo tema no parágrafo único do art. 20 do Código Civil, onde, em relação à proteção *post mortem* da honra e da imagem, excluiu sem qualquer razão aparente o colateral.[53]

Para além disso, o legislador parece ter se apegado excessivamente ao rol dos herdeiros, pensado e construído sob a ótica patrimonial. A postura é perigosa, já que muitos conflitos nesse campo derivam justamente de uma invocação oportunista de direitos da personalidade por parte de parentes que, algumas vezes, não perseguem nada mais que o próprio enriquecimento. Trata-se de exercício abusivo da faculdade concedida pelo Código Civil, que deve ser sempre empregada de acordo com aquele que seria, em vida, o interesse do falecido. O problema será examinado no capítulo dedicado ao direito à privacidade e o leitor poderá perceber, à luz do delicado problema das biografias póstumas, a importância de não se tratar os direitos da personalidade como coisas ou bens, que se transferem de uma pessoa a outra.

---

[53] "Art. 20. [...] Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes."

15 Direitos irrenunciáveis e a limitação voluntária ao seu exercício

A técnica é conhecida entre os professores de direito: o que há de mais angustiante fica para o fim. O tema que encerra esse primeiro capítulo é o que desperta atualmente as maiores polêmicas no campo dos direitos da personalidade: a limitação do seu exercício por vontade do próprio titular. Aqui é preciso voltar ao já transcrito art. 11 do Código Civil, que, além de declarar "intransmissíveis" os direitos da personalidade, acrescentou serem os mesmos "irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

Maria Nilza Viana possivelmente discordaria. A auxiliar de enfermagem deixou Camacã, distrito de Porto Seguro, para participar da 6ª edição do programa *Big Brother Brasil*. O *reality show*, sucesso absoluto de audiência na televisão brasileira, funda-se essencialmente na exposição da intimidade de seus participantes, que ficam por mais de dois meses "completamente isolados do mundo exterior, e têm todos os seus passos vigiados por câmeras, 24 horas por dia".[54] Trata-se de clara interferência no direito à privacidade, atributo precioso da personalidade humana. Com tal interferência consentem, todavia, os envolvidos. Basta, então, o consentimento para tornar legítima a lesão aos atributos da personalidade?

O art. 11 do Código Civil opta por uma resposta radical. Tomado em sua literalidade, o dispositivo negaria qualquer efeito ao consentimento do titular no campo dos direitos da personalidade. Compreende-se o receio do legislador. A experiência histórica já analisada ao início deste capítulo demonstra que, deixados inteiramente livres, os homens acabam por renunciar aos seus direitos mais essenciais, "concordando", por força da necessidade, com situações intoleráveis. Não se trata de uma preocupação ultrapassada, como se pode verificar, a título meramente ilustrativo, dos inúmeros casos de venda de órgãos humanos que, mesmo sendo proibida por lei, ainda ocorre clandestinamente no Brasil e no exterior. Para atender às suas necessidades e de suas famílias, o ser humano é capaz de sacrifícios extremos.

Daí a linguagem forte do Código Civil, que não pretendeu prejudicar a pessoa humana com um excessivo paternalismo estatal, mas protegê-la dos efeitos da sua própria vontade em relação a direitos essenciais. Acertou, em parte, o legislador: os direitos da personalidade devem ser mesmo considerados "irrenunciáveis", no sentido de que o seu titular não pode despedir-se deles "de modo definitivo".[55] Ninguém pode abrir mão, de modo geral ou permanente, da sua privacidade, da sua imagem ou de qualquer outro dos seus atributos essenciais.

---

[54] É o que informa o *site* oficial do programa: <bbb.globo.com>. Acesso em: 10.1.2010.

[55] Paulo Luiz Netto Lôbo, Autolimitação do Direito à Privacidade, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, p. 94.

Exagera, contudo, o art. 11 quando veda toda e qualquer "limitação voluntária" ao exercício dos direitos da personalidade. A vedação lançaria na ilicitude não só os *reality shows*, mas também atos bem mais prosaicos como furar a orelha, lutar boxe ou expor informações pessoais em redes sociais, como o Twitter e o Orkut. Em uma série de situações não previstas em lei, mas socialmente admitidas, as pessoas desejam e aceitam limitar, pontualmente, o exercício de algum atributo da própria personalidade. O escritor que concede uma entrevista, revelando ao público detalhes da sua vida particular, deixa de exercer, naquela situação específica, seu direito à privacidade. Tal limitação, derivada da vontade do titular, não deve a toda evidência ser reprimida pela ordem jurídica, porque a vontade individual aí não se opõe, mas se dirige à realização da dignidade humana daquele indivíduo.

Eis o detalhe crucial: a vontade individual, por si só, não é um valor. Trata-se de um vetor vazio.[56] Ao jurista compete verificar a que interesses a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio "fundamento da liberdade", o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.

Na prática, a distinção não é nada simples. Exige do jurista extrema sensibilidade e redobrada cautela. Para analisar a legitimidade das autolimitações ao exercício dos direitos da personalidade, não há fórmula matemática, mas há alguns aspectos que devem ser levados necessariamente em conta. Em primeiro lugar, é de se examinar sua duração e alcance. Qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente não deve ser admitida, por se equiparar à renúncia. Assim, a ordem jurídica admite que alguém assine um contrato para autorizar a veiculação de sua imagem em determinada campanha comercial, mas não consideraria válido o ajuste por meio do qual a mesma pessoa autorizasse o uso de sua imagem "em qualquer publicidade", "para sempre", "de qualquer modo" ou "para qualquer fim".

Nesse sentido, é valioso o Enunciado nº 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal. Em sentido diametralmente oposto à parte final do art. 11 do Código Civil, o enunciado afirma:

---

[56] Pietro Perlingieri, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli: E. S. I, 2000, p. 333.

> "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral."

Isso, contudo, não basta. Ao lado da duração e alcance da autolimitação, cumpre analisar a sua intensidade, ou seja, o grau de restrição que impõe ao exercício dos direitos da personalidade. Em exemplo pueril, o expectador de uma comédia teatral pode consentir em ser alvo de brincadeiras que façam o público rir. Sua autorização não permite, todavia, que seja humilhado no palco ou reduzido a mero objeto do lazer alheio, conforme se verá em inúmeros casos contemplados no capítulo relativo ao direito à honra.

Além da duração, do alcance e da intensidade da autolimitação, todos aspectos de ordem estrutural, é imprescindível examinar a sua finalidade. Qualquer limitação voluntária do exercício de um direito da personalidade deve estar vinculada, como já se destacou, a um interesse direto e imediato do seu próprio titular. Assim, como se verá de casos reais enfrentados já no próximo capítulo, a ordem jurídica admite que alguém concorde com a inserção sob sua pele de microchip subcutâneo destinado ao controle de suas funções vitais ou ao monitoramento de sua saúde. Não tolera, todavia, o consentimento do empregado para inserir sob sua pele o mesmo microchip subcutâneo se o aparato estiver destinado a controlar, por ondas de radiofrequência, os horários de ingresso e saída do ambiente de trabalho. Note-se: em ambas as hipóteses, há limitação voluntária à integridade física, de igual duração e alcance restrito, mas enquanto o primeiro microchip atende ao interesse exclusivo do seu titular, o segundo atende primordialmente ao interesse do empregador.

A simplicidade desses exemplos não deve iludir. É delicada a tarefa de controlar a legitimidade das limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade. Se, de um lado, a ordem jurídica não deve tolerar a redução, ainda que voluntária, da dignidade do homem, de outro lado, parece muito importante evitar o perigo oposto, que consiste em sufocar, a título de proteção, novas manifestações da personalidade humana que, por mais desvairadas que possam parecer aos olhos da cultura dominante, nem por isso devem ser reprimidas. Ao direito não compete negar "a função expressiva de uma verdade diversa e anticonformista, às vezes destinada a se tornar a verdade de amanhã".[57]

Os critérios apresentados auxiliam o jurista a evitar preconceitos na análise dos diferentes casos concretos. Não representam, contudo, garantia de consenso, como já se viu no caso do lançamento de anão. Ali, a autolimitação pretendida pelo *Monsieur* Wackenheim afigurava-se restrita e temporária. Vale dizer: não havia sacrifício permanente, nem geral. Pode-se afirmar, entretanto, que atendia primordialmente

[57] Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 162.

ao seu interesse? A resposta é controvertida. Para alguns, a inusitada atividade oferecia a Wackenheim a chance de se realizar pessoalmente, como protagonista de um espetáculo, de modo não muito diverso do que ocorre no circo, com palhaços, homens-bala e domadores de leões, que ganham a vida com ocupações que outras pessoas poderiam considerar indignas ou degradantes. Para outros, a escassez de oportunidades de emprego gerada pela sua especial condição física importava, naquelas circunstâncias, uma situação objetiva de submissão, reduzindo-o a objeto do lazer alheio. Essa última linha foi seguida pelas autoridades francesas, que, como já visto, concluíram que a vontade de Manuel Wackenheim não podia prevalecer naquele caso específico.

Melhor sorte teve a nossa Maria Nilza Viana. Ganhou um milhão de reais ao vencer o *reality show* baseado na limitação voluntária ao exercício do seu direito à privacidade. A limitação – temporária, embora amplíssima – tem sido admitida no Brasil e em quase todo o mundo, incluindo a França de Wackenheim. Contribuem talvez para isso a conservação no programa de uma esfera mínima de privacidade que se mantém a salvo do público, a existência de um controle prévio da emissora de televisão sobre as imagens que vão ao ar e a permanente possibilidade de responsabilizá-la por eventuais excessos. Na ausência, contudo, desses mecanismos de proteção, não se deve descartar a atuação proibitiva da ordem jurídica, como já recomenda a proliferação dos "aquários humanos", casas de vidro montadas em praças de alimentação em *shopping centers*, com a finalidade de divulgar as novas edições daquele *reality show* ou de outros programas semelhantes. O tema será examinado em detalhes no capítulo dedicado à privacidade. Por ora basta constatar que o art. 11 do Código Civil não deve ser interpretado de modo literal. A limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade tem sido admitida pela comunidade jurídica em numerosas situações. Melhor seria, nesse sentido, que o legislador tivesse cuidado de especificar os parâmetros que devem guiar o controle de legitimidade de tais limitações, em especial: (i) o alcance, (ii) a duração, (iii) a intensidade e (iv) a finalidade da autolimitação.

Mesmo diante da omissão legislativa, nada impede que o intérprete e o magistrado trabalhem com esses parâmetros. A proposta vale até para aqueles direitos da personalidade em cuja disciplina específica o legislador, embora atento ao problema da autolimitação, enunciou outros critérios, de teor mais rígido e menos adequado à realidade atual. É o que se verá já no próximo capítulo, relativo àquele que talvez consista, a um só tempo, no mais antigo e no mais atual dos direitos da personalidade: o direito ao próprio corpo.

2 Direito ao Próprio Corpo

La Iglesia dice: el cuerpo es una culpa
La ciencia dice: el cuerpo es una máquina
La publicidad dice: el cuerpo es un negocio
El cuerpo dice: Yo soy una fiesta.
(Eduardo Galeano, *Ventana sobre el Cuerpo*)

1 Direito ao corpo nas pistas de *Baja Beach*

"Laila começou desinfetando a parte superior do meu braço, antes de aplicar um analgésico local para entorpecer a área onde o chip seria implantado. Com uma grande seringa na mão, ela testou o local, o que me fez hesitar. Aplicou outra dose de anestésico. Com meu braço amortecido, Laila inseriu o microchip entre a minha pele e a camada de gordura do meu braço. Ela pressionou a seringa e ali estava: meu próprio número de dez dígitos instalado seguramente no meu corpo."[1]

O relato reproduzido acima não provém da mente criativa de algum escritor de ficção científica, mas da experiência real vivida pelo jornalista Simon Morton na boate *Baja Beach Club*, em Barcelona. O estabelecimento oferece aos seus clientes a possibilidade de terem inserido sob a pele um microchip emissor de ondas de radiofrequência, que, além de assegurar livre acesso à área VIP da boate, funciona como uma espécie de cartão de consumação. Como explica Simon, "o chip responde a um sinal quando o *scanner* é passado próximo a ele e transmite o número de

[1] *Barcelona clubbers get chipped*, reportagem de Simon Morton, publicada no *site* da rede *BBC*: <news.bbc.co.uk>. Acesso em: 29.9.2004.

identificação. O número é ligado a um banco de dados que se comunica com os dados da casa noturna, que então cobra os clientes".[2]

A fabricante dos microchips utilizados em *Baja Beach Club* oferece dispositivos semelhantes para múltiplas finalidades, que vão desde o monitoramento de pacientes até o controle de acesso de funcionários a fábricas e empresas. Em seu *site*, a companhia informa as vantagens de utilização do microchip subcutâneo, esclarecendo que, "ao contrário das formas convencionais de identificação, o VeriChip não pode ser perdido, roubado, extraviado ou fraudado. É seguro, reversível e está sempre com você".[3] Os microchips, que, de fato, podem ser removidos com o uso de uma simples seringa, têm suscitado inúmeras discussões no campo já altamente controvertido do direito ao próprio corpo.

2 A proteção do corpo no direito brasileiro

O tratamento jurídico reservado ao corpo humano sofreu, ao longo da história, profunda influência do pensamento religioso. Visto, por muitos séculos, como uma dádiva divina, o corpo humano era considerado como merecedor de uma proteção superior aos desígnios individuais. O pensamento moderno rompeu com essa perspectiva, recolocando gradativamente a integridade corporal no campo da autonomia do sujeito.[4] Nesse sentido, passou-se a falar em "direito ao próprio corpo", expressão que procura enfatizar que o corpo deve atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a Igreja, a família ou o Estado.

O século XX veio reforçar a necessidade de instituir fortes garantias legais contra interferências externas no corpo humano, especialmente diante das atrocidades cometidas pelos regimes autoritários, por meio da tortura e da experimentação científica.[5] Um vasto leque de normas jurídicas internacionais e nacionais veio assegurar proteção à integridade física e psíquica do ser humano contra as intervenções do Poder Público e de outros particulares.

---

[2] Em seu *site*, a boate anuncia abertamente: "*Somos la primera discoteca del mundo en ofrecer el VIP VeriChip. Mediante un chip digital integrado, nuestros VIPs pueden identificarse como tal, así como pagar sus consumiciones sin la necesidad de aportar ningún tipo de documento*" <www.bajabeach.es>.

[3] Trecho extraído do *site* oficial da empresa: <www.verichipcorp.com>.

[4] José Antônio Peres Gediel, *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*, Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 1-8.

[5] O temor é mais que justificado no Brasil, onde, fato raro, um ex-presidente chegou a defender expressamente o uso institucional da tortura durante a ditadura militar (Elio Gaspari, *A ditadura envergonhada*, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 37).

A Constituição brasileira de 1988, em particular, reconhece o direito do ser humano à integridade psicofísica em uma série de dispositivos. Alguns ainda passam muito ao largo da realidade nacional, como o comando do art. 5º, inciso XLIX, que assegura "aos presos o respeito à integridade física e moral". Há longos caminhos a serem percorridos para se atribuir efetividade à tutela física e psíquica do ser humano. O Código Civil de 2002 poderia ter contribuído de modo mais significativo para esse propósito. Limitou-se, contudo, a contemplar o direito à integridade psicofísica sob um único aspecto: o dos atos de disposição do corpo humano. Em outras palavras, a codificação veio cuidar tão somente da relação entre a proteção ao corpo e a vontade do seu titular, procurando determinar em quais circunstâncias pode uma pessoa "dispor", no todo ou em parte, do seu próprio corpo.

A abordagem restritiva da codificação merece críticas. A tutela da integridade psicofísica da pessoa humana transcende em muito a questão dos atos de disposição do próprio corpo. As principais ameaças provêm, nesse campo, da atuação do Estado ou de terceiros. Felizmente, leis especiais têm procurado se ocupar do tema, quer nos aspectos civis, quer nos aspectos penais. O Código Civil fica reduzido, nesse espectro, ao problema específico da disposição do corpo pelo seu próprio titular. Nem por isso, o leitor deve ser levado a crer que se trata de problema simples ou de fácil solução. Ao contrário: a matéria tem assombrado, há muito, os estudiosos.

3 O caso Voronoff

Os chamados atos de disposição do próprio corpo abrangem uma rica e diversificada gama de situações concretas, que engloba desde a disposição de órgãos para transplante até as chamadas "barrigas de aluguel", passando por registros mais pitorescos, como o conhecido caso Voronoff. Cirurgião francês de origem russa, Serge Voronoff alcançou notoriedade ao realizar, entre 1920 e 1930, numerosas "operações de rejuvenescimento masculino". Os pacientes de Voronoff, homens adultos, submetiam-se voluntariamente a receber, mediante transplante, testículos de macacos, acreditando que a operação lhes garantiria maior vigor físico.

Sobre os experimentos, afirma-se atualmente:

> "é provável que algum efeito temporário ocorresse, por sugestão ou aplicação de hormônios de macacos. De qualquer modo, depois de algum tempo os entusiasmos atenuaram-se, apareceram os previsíveis inconvenientes, e sobretudo difundiu-se o boato de que os órgãos não eram extraídos somente dos macacos, mas sobretudo de jovens carentes coagidos a ceder, mediante pagamento, um dos próprios testículos".[6]

---

[6] Giovanni Berlinguer; Volnei Garrafa, *O Mercado Humano*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 81.

As experiências de Voronoff continuam, ainda hoje, cercadas de polêmica. Enquanto parte da comunidade médica vê nas estranhas operações a causa da inserção do vírus HIV na população humana, há autores que procuram restabelecer a reputação do médico francês como cientista precursor. Em meio a tanta controvérsia, há algo que o caso Voronoff demonstra com segurança: a instabilidade da "certeza" científica. Novas descobertas podem fazer com que práticas consideradas aceitáveis em dado momento histórico tornem-se intoleráveis ao olhar das gerações seguintes. Impossível, por exemplo, prever o que se dirá no futuro de tratamentos estéticos hoje vistos com certa naturalidade, como lipoaspirações, cirurgias de redução de estômago e depilações permanentes. De outro lado, as transformações da ciência podem condenar práticas cotidianas, como a ingestão de aspirina, café ou vinho tinto.

Em um cenário assim tão volátil, os chamados atos de disposição do próprio corpo devem ser tratados com redobrada cautela, centrando-se sobre critérios funcionais (ligados à finalidade do ato), que permitam a constante readequação ao contexto cultural vigente. O Código Civil brasileiro caminhou em sentido diametralmente oposto. No afã de apresentar soluções definitivas para um problema de secular complexidade, acabou elegendo critérios puramente estruturais, que se mostram insuficientes e, pior ainda, incompatíveis com a realidade atual.

4 O art. 13 do Código Civil: insuficiência de seus critérios

Procurando regular a delicada questão da disposição do próprio corpo, o art. 13 do Código Civil determinou:

> "Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes."

Três críticas importantes têm sido dirigidas ao dispositivo. Podem ser assim resumidas: (i) primeiro, ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por "exigência médica", o art. 13 parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; (ii) segundo, ao vedar a disposição do próprio corpo que importe "diminuição permanente da integridade física", o art. 13 sugere, *a contrario sensu*, que estariam autorizadas reduções não permanentes, o que se mostra extremamente perigoso; (iii) terceiro, o art. 13 alude à noção de "bons costumes", ideia vaga e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas.

Cada uma dessas três críticas será analisada em separado nas páginas seguintes, começando pela referência aos bons costumes.

5 Bons costumes e *bodyart*

Priscilla Davanzo, estudante de artes plásticas, decidiu tatuar todo o corpo com manchas pretas imitando o couro de uma vaca holandesa malhada. O projeto corporal atendeu, segundo Priscilla, à necessidade de protestar contra a incapacidade digestiva do ser humano: "Não digerimos bem as ideias que recebemos de filmes, livros, jornais"; as vacas, ao contrário, "digerem o bolo alimentar duas vezes".[7]

A atitude de Priscilla pode ser considerada excêntrica. Mentes mais tradicionais não hesitariam em classificá-la como contrária aos bons costumes. É que, no direito e na vida, a noção de bons costumes afigura-se tão ampla e vaga que pode abarcar qualquer atitude que se desvie um pouco mais do padrão habitual de comportamento. Historicamente, a expressão foi usada para dar suporte jurídico ao conservadorismo das classes dominantes e à rígida manutenção do *status quo*, o que levou ao seu progressivo abandono pela produção legislativa e acadêmica mais recente. Seu ressurgimento no Código Civil explica-se menos por uma renovação do conceito de bons costumes que pela já mencionada desatualidade do projeto que deu origem à codificação de 2002.

Se passa incólume em outros setores do Código Civil,[8] a alusão aos bons costumes mostra-se extremamente preocupante em matéria de disposição do próprio corpo, onde o art. 13 emprega o termo com escopo proibitivo. Pode-se pensar o que quiser da atitude de Priscilla Davanzo. Não há dúvida, contudo, de que o conjunto de tatuagens a que se submeteu não constitui intervenção física grave o bastante para atrair a proibição jurídica do ato. Impedir que alguém tatue ou decore seu corpo consistiria em grave retrocesso, especialmente diante da difusão mundial da chamada *bodyart*.

Longe de constituir uma inovação bizarra, a *bodyart* (literalmente, arte corporal) exprime um método antiquíssimo de manifestação cultural, intelectual e política. A veiculação figurativa de ideias por meio do corpo representa uma das formas mais tradicionais de expressão humana, comum a um sem-número de povos antigos. No Brasil em particular, o adorno do corpo exprime a tradição de nossos mais remotos antepassados, refletindo-se ainda hoje no cotidiano das tribos indígenas que lograram sobreviver a séculos de aculturação. Os Bororos, por exemplo, ainda utilizam a pintura do corpo como método de distinção entre os clãs e as faixas etárias. Os Yanomamis se valem de desenhos no corpo para expressar certos estados de espírito, como alegria e agressividade. As tribos Kadiwéu e Tirió são facilmente identificadas pelos finos desenhos ou tatuagens que decoram o rosto das mulheres.

---

[7] Priscilla tornou-se personagem-tema do curta-metragem *Geotomia*, de Marcelo Garcia, exibido durante a oitava edição do festival Mix Brasil.

[8] É o caso do art. 187 do Código Civil, onde a menção aos bons costumes não traz riscos significativos.

A rica criatividade dos povos indígenas não se limita à pintura ou à tatuagem, abarcando também o uso de aparatos e adereços que se fundem ao corpo. Crônicas da colonização registram o espanto dos europeus ao se depararem com índios de diversas tribos que portavam largos discos de madeira inseridos dentro dos lóbulos da orelha ou dos lábios inferiores, tradição que é mantida, ainda hoje, entre os Caiapós. "Os discos sobem e descem enquanto o portador fala ou come, fazendo com que ele pareça assustador, o que consistia, aparentemente, no seu propósito original."[9] Técnicas semelhantes, identificadas na cultura de povos da África e da Oceania, têm sido apontadas como a origem de uma intervenção um pouco mais drástica no corpo humano: a chamada *body modification* ou modificação corporal.

6 *Body modification* e o caso do homem-lagarto

Body modification é expressão que abrange variadas formas de modificação deliberada do próprio corpo por razões que não sejam médicas. Normalmente associada a propósitos estéticos, místicos ou religiosos, a *body modification* abrange desde pequenas intervenções, como o alongamento de lábios e orelhas, até alterações mais drásticas, como aquelas implementadas por Erik Sprague, um ex-candidato a doutorado na Universidade de Albany que se submeteu a sucessivas cirurgias com a finalidade de se assemelhar a um lagarto.

Segundo explicação do próprio Erik, seu projeto consiste em transformar seu corpo em uma obra de arte que "explore o que significa ser humano de um ponto de vista linguístico". A partir de "estudos de filosofia da linguagem na visão de Wittgenstein", Erik expõe didaticamente o raciocínio que o conduziu à transformação corporal, fragmentando-o em três etapas:

> "(1) Wittgenstein sugere que uma razão pela qual somos capazes de aplicar um termo para diferentes objetos é porque eles compartilham uma espécie de 'semelhança familiar'; (2) Focando em como o princípio se relaciona com o uso de termos como 'ser humano', 'pessoa' etc. no sentido de que pessoas se identificam com outras como humanos primordialmente pela observação de características físicas e comportamentos superficiais, eu decidi modificar estes aspectos de mim mesmo de modo a me diferenciar significativamente de outros 'seres humanos'; (3) Para alcançar esta diferenciação eu optei pelo uso de procedimentos de modificação corporal permanente porque senti que um comprometimento permanente à mensagem artística era, se não necessário, preferível."[10]

[9] *The Cambridge History of Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press, 1984, v. 1, p. 126-127.

[10] Declaração extraída do *site* oficial de Erik Sprague, <www.thelizardman.com>, repleto de fotos do homem-lagarto.

Quem esbarre na rua com um homem-lagarto pode experimentar sensações variadas. Normalmente, vão do susto à repugnância. Provocar tais reações, contudo, é exatamente a intenção de Erik Sprague. Trata-se do seu modo peculiar de fazer as pessoas refletirem sobre a condição humana. Não faltará quem diga que uma modificação tão intensa do próprio corpo contraria os bons costumes. Não se pode ignorar, contudo, a existência de outras práticas de alteração corporal há muito aceitas em nosso meio social, como a perfuração de orelhas para o uso de brincos ou a circuncisão de crianças por razões religiosas, além de outras tantas que, embora rejeitadas de início, já não causam espanto nos grandes centros urbanos, como as cirurgias estéticas "embelezadoras", a aplicação de silicone nos seios ou a utilização de *piercing* nas partes mais variadas do corpo.

Práticas como o *bodyart* e o *bodymodification* não podem ser tratadas como ameaças capazes de atrair a rejeição do direito, por mais repulsivas que possam se afigurar ao senso estético dominante. Em uma sociedade plural, conceder aptidão proibitiva a uma noção tão imprecisa como a de "bons costumes" implica frear atitudes que podem vir a configurar modos inovadores de expressão artística, de manifestação intelectual ou de simples entretenimento.

7 Vale tudo contra suspensão por *piercing*

"O Anderson é um cara completo, tem uma cabeça boa, boa envergadura. É um cara muito difícil de lutar, tem que estar muito bem para lutar com ele, mas eu nem penso nisso ainda, porque eu tenho um caminho muito longo pra chegar até lá." A afirmação é de Demian Maia, campeão do *ADCC*, a respeito do detentor do cinturão do *UFC*, Anderson Silva.[11] As siglas, outrora enigmáticas, consistem em abreviações relacionadas aos diversos eventos do chamado vale-tudo e frequentam a realidade cotidiana de parcela considerável da juventude brasileira, disseminando-se em academias de artes marciais e canais de TV a cabo. Os interesses comerciais em torno da transmissão do vale-tudo crescem exponencialmente a cada ano e a unificação das duas principais marcas relacionadas às competições do gênero (*Ultimate Fighting Championship* e *Pride*) promete níveis de audiência capazes de rivalizar com os esportes mais populares do mundo.[12]

Um combate franco entre dois especialistas em chutes, socos e cabeçadas pode parecer insensato e assustador ao olhar habitual dos defensores dos bons costumes. Não se deve ceder, contudo, à intolerância e ao preconceito que conduziram, no

---

[11] Entrevista concedida ao *site Tatame* em 16.8.2007 (<www.tatame.com.br>). Demian Maia enfrentaria Anderson Silva em abril de 2010. A luta, vencida por Anderson, se tornaria polêmica por força do comportamento supostamente desrespeitoso adotado, durante o combate, pelo campeão.

[12] Confira-se a matéria publicada no *site* do *Globoesporte.com* em 27.3.2007: *Fertitta quer vale-tudo tão grande como futebol.*

passado, à repressão de manifestações importantes da cultura brasileira, como a capoeira, vedada como contravenção pelo Código Penal de 1890. O vale-tudo exprime legítimo exercício da autodeterminação de seus participantes, treinados e preparados para o combate, que consiste, a rigor, em mera combinação de modalidades desportivas (boxe, jiu-jítsu, luta livre etc.) já aceitas pela comunidade jurídica, que, há muito, registra que "quem participa desses embates consente às lesões que poderá sofrer, aceita o perigo de padecê-las e, por mais que procure evitá-las não poderá considerá-las alheias à própria vontade".[13]

Se socos e pontapés já despertam apreensão dos adeptos dos bons costumes, maior espanto seria provocado pela prática denominada *body suspension* ou suspensão por *piercing*. Trata-se, como o nome sugere, de perfurar a própria pele com argolas que se prendem a ganchos e outros aparatos destinados a possibilitar a suspensão do corpo humano, com efeitos aterrorizantes. Que o diga o público presente, em 2001, à noite de encerramento do *Tatoo Fest*, na Fundição Progresso, no Rio de Janeiro, onde o jovem catarinense conhecido como *Lagartixxxa* permaneceu elevado a cerca de quatro metros do chão, por aproximadamente dez minutos, tendo a apresentação sido interrompida por ordem da administração da casa.[14]

Reportagem realizada durante evento de suspensão por *piercing* em Oklahoma, nos Estados Unidos, procurou identificar o perfil dos participantes, constatando:

> "Não é nada de ritual, nada de magia negra nem de religiões orientais. É gente normal, jovens de classe média com seus *piercings* e tatuagens, se pendurando pela pele, simplesmente. Gente que, depois de se suspender, toma cerveja no bar como se faz depois de uma pelada de fim de semana."[15]

Tamanha naturalidade dificilmente serviria para enquadrar o *body suspension* entre as práticas toleradas pelos bons costumes, mas revela, claramente, que qualquer avaliação centrada sobre o que é normal e habitual esbarra no pluralismo que caracteriza, talvez como seu mais precioso aspecto, a vida contemporânea. Os bons costumes são, antes de tudo, costumes. E o direito não deve se prestar a proibir tudo aquilo que não seja costumeiro, sob pena de abandonar sua tarefa mais elevada: a de ser instrumento de transformação social.

---

[13] Antonio Chaves, *Direitos à Vida, ao Próprio Corpo e às Partes do Mesmo*, *Estudos de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 153.

[14] "Muita gente foi embora horrorizada e outros passaram mal com a cena. 'Teve gente até desmaiando', conta Isa Boechat, produtora executiva da Fundição. Mas boa parte do público, formado na maioria por profissionais e entusiastas da tatuagem e *piercings*, aplaudiu intensamente a exibição. *Lagartixxxa* não demonstrou sentir dor" (*Rituais da Dor*, reportagem de Anabela Paiva, publicada em 24.10.2001 no *Correio Braziliense*).

[15] Fred Melo Paiva, *Pra que isso? Estados Unidos da Dor*. Com fotos de Vavá Ribeiro. Disponível no *site* da revista *Trip* (<revistatrip.uol.com.br>). Acesso em: 22.2.2011.

8 Diminuição física temporária: de volta aos microchips

Além da criticável menção aos bons costumes, o art. 13 do Código Civil proíbe a disposição do próprio corpo em outra situação: quando resultar em "diminuição permanente da integridade física". Assim, é permitido, segundo o dispositivo, cortar os cabelos, fazer a barba e dispor de qualquer outra forma não definitiva da sua integridade corporal. Por outro lado, a amputação voluntária de um membro ou qualquer outra forma deliberada de redução definitiva da capacidade física está vedada, exceção feita àquelas situações motivadas por "exigência médica".

O critério da diminuição permanente da integridade física não é bom. Sugere, *a contrario sensu*, que os atos que resultem em diminuição não permanente estão todos autorizados. Tal conclusão é extremamente perigosa. Atos que produzem diminuição temporária não podem ser considerados só por isso legítimos, devendo-se perquirir mais que a extensão e duração da intervenção física. Ao jurista cumpre examinar também a intensidade e, especialmente, a finalidade que se persegue com a autolimitação corporal.

Retorne-se ao caso dos microchips subcutâneos. Não há dúvida de que não provocam diminuição permanente da integridade física. Nem por isso se poderia considerar legítimo o consentimento para inserção de um microchip na pele de operários, com o escopo de controlar o horário do seu ingresso na fábrica. A diminuição à integridade física, embora pequenina e temporária, se daria, em tal hipótese, no exclusivo interesse do empregador, em direta afronta à tutela constitucional da dignidade humana.

Por outro lado, o uso por certo paciente do mesmíssimo microchip para monitoramento de suas funções vitais, desde que precedido do seu consentimento informado, deve ser considerado legítimo porque voltado à proteção da sua saúde. Tais exemplos demonstram que o juízo acerca do merecimento de proteção jurídica da autorização para uso de microchips exige bem mais que a simples avaliação da duração temporária ou permanente da diminuição à integridade física, passando por um complexo exame finalístico que o art. 13 simplesmente ignora.

Pior: a vedação a ato de disposição do próprio corpo, "quando importar diminuição permanente da integridade física", transmite a ideia de que as partes regeneráveis do corpo humano merecem menor proteção que as irrecuperáveis, protegendo-se apenas essas últimas contra os impulsos da vontade individual. Tal entendimento afigura-se especialmente nocivo na análise de conflitos envolvendo as chamadas "partes destacadas do corpo humano", como fios de cabelo, gotas de sangue e saliva.

9 E Roberta era mesmo Aparecida

Encaradas pelo direito civil tradicional como *res derelicta* (coisa abandonada), as partes destacadas do corpo recebiam pouquíssima atenção dos juristas

até assumirem, repentinamente, uma extraordinária importância prática. Com o advento dos exames de DNA, a saliva, o sangue e outras partículas corporais passaram a permitir a identificação do código genético da pessoa humana, dando acesso à sua intimidade mais profunda. Em muitos países, tem-se chegado a sustentar a extensão do conceito de corpo humano para assegurar sua plena proteção.[16]

No Brasil, ao contrário, as próprias autoridades públicas têm perpetrado abusos contra a tutela das partes destacadas do corpo. Tornou-se célebre o caso de Roberta Jamilly Martins Costa, cuja saliva coletada em guimbas de cigarros fumados na própria delegacia foi utilizada para realizar, contra a sua expressa manifestação de vontade, exame de DNA. O exame atestou a ausência de vínculo biológico entre a moça e sua mãe de criação, Vilma, acusada também do sequestro do menino Pedrinho, em episódio que frequentou os jornais de todo o país. O procedimento empregado com Roberta foi malicioso e desleal, conforme registrou, à época, reportagem intitulada *E Roberta é mesmo Aparecida*:

> "A saliva de Roberta foi coletada nas pontas de cigarro fumados por ela na delegacia. Desde o início das investigações, ela jamais se propôs a fazer o teste. Orientado por uma perita de Brasília, o delegado Gonçalves conseguiu a prova durante o depoimento de Roberta na DEIC. Segundo ele, o procedimento da polícia foi legal, pois não houve invasão de privacidade."

O Promotor de Justiça encarregado do caso também não viu qualquer problema no modo de coleta usado pela polícia naquele caso: "Não se permite a retirada de material de um réu. Mas, nesse caso, foi colhido o DNA da vítima, ou seja, da própria Roberta. A jogada foi genial."[17] Bem longe de genial, a conduta policial afrontou gravemente a autonomia corporal de Roberta e o seu direito a não se submeter ao exame de DNA.

10 O caso Gloria Trevi

Outro caso controvertido envolveu a cantora mexicana Gloria Trevi. Acusada de corrupção de menores em seu país, Gloria foi detida no Brasil. Enquanto aguardava extradição para o México, descobriu-se grávida na carceragem da Polícia Federal, onde não tinha direito a receber visitas íntimas. O fato foi divulgado pela imprensa e gerou especulações de corrupção e até de um possível estupro

[16] Ver, na jurisprudência alemã, BGH 9.11.1993, *NJW*, 1994, 128, em que se tratou da responsabilidade por destruição de líquido seminal em banco de sêmen.

[17] *E Roberta é mesmo Aparecida*, reportagem de Guilherme Goulart publicada no *Correio Braziliense*, 13.2.2003.

por parte dos agentes federais brasileiros, suscitando ainda a inusitada tese de que teria havido uma inseminação artificial por meio de uma caneta *bic*. Gloria se recusou expressamente a realizar o exame de DNA que revelaria a paternidade da criança. Ainda assim, viu sua placenta coletada no momento do parto e congelada para a posterior realização do exame, tudo com a chancela do Supremo Tribunal Federal.[18]

Casos assim evidenciam a necessidade de se redimensionar a proteção legal reservada às partes destacadas do corpo. Na contramão do art. 13 do Código Civil, as diminuições físicas não permanentes assumem uma importância cada vez maior, diante de sua utilidade para procedimentos como a fecundação *in vitro*, o mapeamento genético e até mesmo a clonagem.[19] Na ausência de uma firme proteção jurídica, cresce o risco de que as pessoas sejam forçadas, compelidas ou simplesmente estimuladas a dispor de partes regeneráveis do próprio corpo. Não se trata de uma ameaça futurista, como revelam diversos exemplos concretos.

11 Vampiro Somoza, células Moore e o Mercado Humano

Plasmaferesis era o nome do laboratório instalado na Nicarágua que coletava, mediante pagamento, o sangue de cidadãos pobres e subnutridos, além de prisioneiros e militares de baixo escalão. Com o integral apoio do governo ditatorial de Anastásio Somoza, o laboratório exportou para Estados Unidos e Europa cerca de 300 mil frascos de sangue por ano, entre 1973 e 1977. A horrenda atividade despertou críticas do jornal de oposição, *La Prensa*, cujo diretor e líder, Pedro Chamorro, acabou assassinado. O crime causou a indignação do povo nicaraguense, que tomou as ruas aos gritos de "*Somoza vampiro!*" A sede do *Plasmaferesis* foi queimada e o regime ditatorial, já minado pela revolta sandinista, encontrou seu fim, obrigando o ditador a fugir do país.[20]

---

[18] STF, Reclamação 2040/DF, 21.2.2002. Em apertada síntese, o tribunal concluiu que, na ponderação entre o direito à honra dos policiais envolvidos e o direito à intimidade de Gloria Trevi e seu filho, deveria prevalecer, nas circunstâncias concretas do caso, o primeiro, já que o uso da placenta "evitava" a realização do exame "debaixo de vara", medida repelida pela jurisprudência da Corte.

[19] A clonagem já é procedimento frequente no mundo animal. Para além do experimento pioneiro, ocorrido em 1996 no Instituto de Embriologia Roslin, na Escócia, que deu origem à ovelha Dolly (falecida alguns anos depois, com sinais de envelhecimento precoce), a clonagem tem sido repetidamente utilizada em outras espécies animais, como bois e cavalos. Nesse último caso, a propósito, já surge controvérsia interessante em relação à possibilidade ou não de participação dos clones em eventos desportivos equestres. Confira-se *Cavalos clonados no Texas*, matéria publicada em 1º.4.2006 no *site* <www.equisport.pt>.

[20] A viúva de Chamorro, Violeta, veio a se tornar presidente da Nicarágua em 1990. O episódio da *Plasmaferesis* e outros relacionados ao mercado de sangue são narrados no documentário de Sergio

Exemplo de consequências menos dramáticas, mas igualmente estarrecedoras no que tange à exploração comercial de partes destacadas do corpo, tem-se no famoso caso Moore. Células do sangue de um paciente afetado por leucemia foram cultivadas e, por sua peculiar capacidade de produzir substâncias antibactericidas e antitumoriais, acabaram patenteadas pela *University of California*, dando origem a uma linha de produtos lançados no mercado farmacêutico. O paciente, *Mister* Moore, um empresário do Alasca, propôs ação judicial reivindicando participação nos significativos lucros auferidos com a venda dos produtos pelos médicos, pesquisadores e empresas associadas. O Judiciário norte-americano deu razão, inicialmente, ao paciente, mas a Suprema Corte da Califórnia decidiu que não lhe cabia qualquer fatia na receita derivada do uso das células Moore, já então avaliadas em mais de três milhões de dólares.[21]

Acontecimentos dessa natureza despertaram a atenção de Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa em obra célebre intitulada *O Mercado Humano*.[22] Ali, descrevem os autores os resultados nefastos produzidos sempre que, à falta de uma posição mais sólida por parte da ordem jurídica, a lógica econômica se apodera das questões corporais. Das "barrigas de aluguel" à venda de placentas para fins cosméticos, passando pelo comércio de sangue, órgãos e sêmen, multiplicam-se em todo o mundo os exemplos de comercialização de partes destacáveis do corpo humano.

Nesse contexto, é lamentável que o Código Civil brasileiro tenha deixado tais situações à margem de qualquer disciplina legal, sugerindo exclusiva preocupação com as diminuições permanentes da integridade física. O chamado mercado humano vem exigir a redobrada atenção do jurista contemporâneo na tutela das partes destacadas do corpo, cuja coleta e utilização podem representar um duplo atentado: à integridade física e à intimidade da pessoa humana.

Sem embargo da omissão do legislador civil, cada ato de disposição corporal deverá ter seu merecimento de tutela avaliado à luz das normas constitucionais. Aqui, desempenha papel essencial não apenas a cláusula geral de proteção à dignidade humana (Constituição, art. 1º, III), mas também o art. 199, § 4º, do texto constitucional, cuja parte final veda expressamente a comercialização de órgãos, tecidos ou quaisquer outras "substâncias humanas":

> "Art. 199. [...]
>
> § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e

---

Rezende, *Até a última gota* (Brasil, 1980), que recebeu o prêmio de melhor filme no festival de Mannheim, na Alemanha.

[21] *Moore* vs *Regents of the University of California*, *Supreme Court of California*, *51 Cal.3d 120*, 9.7.1990.

[22] Giovanni Berlinguer; Volnei Garrafa, *O Mercado Humano*, 2. ed., Brasília: UnB, 2001.

> tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização."

Como já destacado, compete ao jurista examinar, com particular cuidado, a finalidade do ato de disposição, ou seja, os interesses ou propósitos que pretende atender. Nas hipóteses em que o ato de disposição exprima realização de interesse altruísta da própria pessoa, considerada em sua individualidade (ex.: doação de sangue a um ente querido), conta com o beneplácito da ordem jurídica. Se, todavia, o ato de disposição é praticado sem representar o livre exercício de uma opção existencial da pessoa, mas com o fim de atender, ainda que indiretamente, a interesse patrimonial próprio ou de terceiro, não se deve supor, ao contrário do que sugere o art. 13 do Código Civil, que o caráter meramente temporário da diminuição física seja capaz de afastar a absoluta vedação que decorre em boa hora do texto constitucional.

12 Diminuição física permanente e a mudança de sexo

Já se viu que o art. 13 do Código Civil falha ao sugerir que toda diminuição física temporária será admitida. A Constituição da República impõe um controle de finalidade do ato de disposição, que não se contenta com o simples fato de se tratar de diminuição temporária ou permanente da integridade física. Para além desse aspecto, também no tocante à diminuição física permanente, o art. 13 é alvo de críticas. Isso porque, na interpretação literal do dispositivo, toda diminuição definitiva da integridade física estaria vedada, com exceção daquelas motivadas por "exigência médica".

Em primeiro lugar, há numerosas intervenções físicas permanentes que são socialmente aceitas e até difundidas, como as cirurgias plásticas puramente embelezadoras e certos tratamentos estéticos irreversíveis, como a chamada depilação definitiva. Não há, nesses casos, "exigência médica" no sentido que lhe reserva a etimologia (necessidade). Tais intervenções atendem a uma exigência estética do próprio paciente. De outro lado, compreendida como mera recomendação ou autorização clínica, a expressão "exigência médica" acaba se revelando fluida e insegura, limitando-se a transferir dos juristas para os médicos o problema extremamente delicado dos limites à autodisposição do próprio corpo, um problema que, a rigor, é mais ético do que técnico.

Para além de não trazer qualquer vantagem em termos de segurança, a supervalorização da "verdade" médica acaba por estimular uma abordagem patológica de certas questões culturais, como se vê, de forma emblemática, no tratamento dispensado no Brasil às cirurgias de transgenitalização, também conhecidas como cirurgias

de mudança ou de readequação de sexo. Ainda hoje vistas com desconfiança por grande parte dos tribunais, tais cirurgias passaram a contar com maior aceitação a partir da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina. Segundo a aludida Resolução, as cirurgias de transgenitalização são autorizadas "como tratamento dos casos de transexualismo", exigindo-se o "diagnóstico de disforia de gênero", caracterizado pelo "desconforto com o sexo anatômico natural" e pelo "desejo de mudar de sexo capaz de levar à automutilação ou autoextermínio". A referida Resolução foi substituída pela Resolução nº 1.955/2010, que continua a considerar "o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio".[23]

Examinando a Resolução CFM 1.955/2010 em conjunto com o art. 13 do Código Civil, o leitor poderá facilmente perceber que a cirurgia de mudança de sexo é lícita no Brasil, desde que um médico ateste o estado patológico do seu paciente. Com isso, atende-se ao requisito da "exigência médica", pois, nas palavras do Conselho Federal de Medicina, a cirurgia de mudança de sexo consiste em "tratamento" idôneo aos "casos de transexualismo". O resultado pode parecer progressista, já que se permite, ao menos nessas circunstâncias, a realização da cirurgia. A abordagem, contudo, é a mais retrógrada possível. A opção sexual vem tratada como doença. E o promissor debate jurídico e ético em torno da autonomia corporal fica reduzido a uma discussão supostamente técnica, em que o elemento determinante passa a ser um atestado médico.

Quando o Código Civil desloca o foco da discussão para a "exigência médica" deixa, ainda, de enfrentar os desdobramentos civis do ato de disposição do próprio corpo. No caso das cirurgias de mudança de sexo, a intervenção médica só atinge efetivamente seu propósito se acompanhada da alteração dos dados do paciente no registro civil. A alteração, contudo, enfrenta resistência de parte dos tribunais, como se verá no capítulo relativo ao direito ao nome. Tal resistência só pode ser superada por uma abordagem mais abrangente da questão, que não a reduza a um entendimento médico, como quis o art. 13 da codificação. Mesmo porque a conclusão alcançada pelos médicos nem sempre é unânime. É o que revela o caso dos *amputees-by-choice*.

13 *Amputees-by-choice* e a supervalorização da verdade médica

No fim da década de 1990, o cirurgião Robert Smith amputou as pernas de dois pacientes fisicamente saudáveis, em um hospital na Escócia, suscitando o furor da

[23] Inteiro teor disponível em: <www.portalmedico.org.br>.

imprensa britânica. O cirurgião alegou atender à "exigência médica" de encerrar o sofrimento daqueles pacientes que, segundo relatou, desejavam tão desesperadamente se livrar de seus membros que seriam capazes de promover automutilação "em uma linha de trem" ou "utilizando armas de fogo", com sério risco de vida para si e para terceiros.[24]

Embora inusitado, o caso nada tem de exclusivo. O problema dos *amputees-by--choice*, pessoas que se amputam por vontade própria, vem preocupando a comunidade jurídica, especialmente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Também nesse campo a medicina identifica um distúrbio de inadequação anatômica, que decorreria ora de um obsessivo anseio pela especial atenção e cuidado que adviriam da mutilação, ora da admiração à capacidade de superação normalmente associada aos portadores de necessidades especiais.[25] Alguns médicos têm defendido, nessa direção, a realização da cirurgia para obter a amputação desejada, a fim de evitar o agravamento do estado psicológico do paciente, que pode gerar risco de vida em decorrência daqueles impulsos mencionados pelo Dr. Smith.

Vê-se que o critério da "exigência médica" nada tem de matemático. Sua aplicação pode assumir contornos tão flexíveis quanto os que caracterizariam uma eventual alusão à "exigência jurídica", com suas múltiplas interpretações, abordagens e nuances. Controvérsias como aquelas envolvendo os *amputees-by-choice* e as cirurgias de mudança de sexo gravitam em torno de escolhas que não são biológicas, nem clínicas, mas *éticas* e *valorativas*, ainda que amplamente baseadas em dados técnicos. Para tais escolhas, um jurista não está menos habilitado que um médico. Se é verdade que aqui, como em todos os outros campos, a verdade jurídica não é verdade por inteiro, tampouco o será a verdade médica. O melhor remédio há de surgir não da prevalência de uma verdade sobre outra, como sugere o art. 13 do Código Civil, mas de um aberto diálogo no meio social.[26]

Em resumo, a vedação generalizada do art. 13 às diminuições físicas permanentes, com a única ressalva da "exigência médica", é norma que não se compadece com a necessária ponderação entre a tutela do próprio corpo e outros princípios atinentes à realização da pessoa humana, como a liberdade sexual, a liberdade de expressão e até a liberdade religiosa. Se o art. 13 fosse interpretado de modo literal, práticas socialmente aceitas e repetidas por séculos, como a circuncisão de crianças da religião judaica, restariam vedadas à luz do direito

---

[24] *What Drives People to Want to be Amputees?*. Reportagem publicada em 6.4.2006 no *site* da *ABC News*: <abcnews.go.com>.

[25] Richard L. Bruno, *Devotees, Pretenders and Wannabes: Two cases of Factitious Disability Disorder*, *Journal of Sexuality and Disability*, 1997, v. 15, p. 243-260.

[26] Para uma análise do tema a partir das transformações na noção jurídica de consentimento, recomenda-se vivamente a leitura de Carlos Nelson Konder, *O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes*, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 15, 2003, p. 41-71.

brasileiro, implicando uma restrição cultural significativa.[27] A tutela constitucional da dignidade humana impõe que cada aspecto da pessoa, em particular, seja sopesado em busca de uma solução que permita o máximo desenvolvimento da sua personalidade.

Nesse sentido, o direito ao próprio corpo não deve ser protegido como uma exigência social de ordem e segurança, mas como um instrumento de realização da pessoa. Sua proteção não é superior à proteção de outras manifestações da personalidade, que podem justificar, no caso concreto, a diminuição permanente da integridade física, como a liberdade de crença, a liberdade de expressão ou a solidariedade social, a exemplo do que ocorre no campo do transplante de órgãos.

14 Transplante de órgãos e o art. 14 do Código Civil

O ano era 1993. O estádio lotado aguardava o início da primeira partida da final da Copa do Brasil, entre Grêmio e Cruzeiro. O jogo terminaria em um empate de 0 × 0, mas o público deixaria o Olímpico recompensado pela recordação de uma emocionante partida preliminar. Para celebrar os 500 transplantes realizados pela representação local da Santa Casa de Misericórdia, pacientes que haviam recebido órgãos e médicos que haviam realizado os transplantes enfrentaram-se em uma singular partida de futebol. A disputa acabou com uma surpreendente vitória dos pacientes. A disciplina em campo foi mantida por um enérgico árbitro, que havia recebido recentemente um transplante de pulmão, e por dois bandeirinhas que controlaram o jogo por meio de suas novas córneas. O episódio é apenas um dentre os muitos que poderiam ser citados para evidenciar os indiscutíveis benefícios da técnica do transplante de órgãos em nosso país.[28]

Para regular tão importante matéria, o Congresso Nacional editou a Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Bastante avançada em sua redação original, a Lei 9.434 chegava a presumir, em seu art. 4º, a intenção de todas as pessoas de disporem, após a morte, de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo para transplante, "salvo manifestação de vontade em contrário". A inovação gerou polêmica, alimentada por grupos que se opõem à técnica dos transplantes, quase sempre por razões religiosas. Como consequência, o Congresso Nacional acabou editando uma nova lei. A Lei 10.211, de 23 de março de 2001, modificou profundamente a legislação anterior. Além de suprimir a presunção da intenção de dispor dos órgãos, a Lei 10.211

[27] Registre-se que, mais recentemente, parte da comunidade médica passou a recomendar a circuncisão como forma de prevenção de doenças. O novo posicionamento apenas reforça a fragilidade e fluidez da verdade médica.

[28] Giovanni Berlinguer; Volnei Garrafa, *O Mercado Humano*, cit., p. 84-85.

criou novas exigências para o transplante que, na prática, quase inviabilizam a sua realização.

Por exemplo, no que tange às "doações"[29] em vida para pessoas que não sejam cônjuges ou parentes do doador, a Lei 10.211 alterou o art. 9º da Lei 9.434 para passar a exigir a autorização judicial, dispensada apenas em caso de medula óssea.[30] Não se faz necessário advertir o leitor para o caráter emergencial das situações que exigem a disposição de órgãos e tecidos, incompatíveis, por definição, com a necessidade de prévia aprovação formal por parte do Poder Judiciário. O Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade de corrigir a rota no tocante aos transplantes de pessoa viva, limitando-se a remeter, no parágrafo único do seu art. 13, à legislação especial:

> "Art. 13. [...]
>
> Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial."

Entretanto, o retrocesso mais grave da Lei 10.211 ocorreu no campo da disposição *post mortem*, ou seja, na retirada de órgãos da pessoa após o seu falecimento. Alterando o art. 4º da Lei 9.434, a referida lei determinou:

> "Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.
>
> Parágrafo único. (Vetado)."

É evidente o retrocesso. Exigir autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, é impor burocracia que dificulta ao extremo a via já tormentosa do transplante *post mortem*. Pior: como restou vetado o parágrafo único que dispensava a autorização dos familiares para a retirada de órgãos diante de registro feito em vida pelo próprio falecido, a nova redação criada pela Lei 10.211 tem sido interpretada no

---

[29] O termo *doação* é empregado nesse campo como sinônimo de "disposição não remunerada", não guardando qualquer relação técnica com a disciplina jurídica do contrato de doação, construída e desenhada para fins exclusivamente patrimoniais.

[30] "Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea."

sentido de que o aval da família se faz necessário mesmo nos casos em que o morto tenha deixado expressa autorização para o transplante.

Tal interpretação subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, atribuindo a cônjuges e parentes um inusitado "direito sobre o corpo alheio", capaz de prevalecer mesmo contra a vontade do falecido. Trata-se de grave atentado contra o valor constitucional da dignidade humana, que pressupõe a plena autodeterminação individual em tudo aquilo que não gere risco para si ou para a coletividade. Subordinar a vontade do doador em matéria corporal à autorização do Estado-juiz (no caso de doação em vida) ou ao consentimento de cônjuge ou parentes (no caso da disposição *post mortem*) é desconsiderar a vontade individual naquilo que possui de mais próprio e íntimo: a sua autonomia corporal.

A interpretação que tem sido reservada ao tema revela-se, portanto, inconstitucional. Outro caminho é possível, ao menos no tocante ao transplante póstumo. Basta que o intérprete dê maior peso ao art. 14 do Código Civil, onde se lê:

> "Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
>
> Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo."

O dispositivo aparentemente diz muito pouco e, por isso, tem sido desprezado em face da lei especial. Bem visto, contudo, o art. 14 afigura-se utilíssimo, por permitir uma construção interpretativa mais compatível com os valores constitucionais. Isso porque, embora não tenha chegado a revogar expressamente a legislação especial, o art. 14 reconheceu sem qualquer ressalva a validade do ato de disposição gratuita do próprio corpo "para depois da morte". Não exigiu, vale dizer, o aval dos familiares. Como o Código Civil de 2002 é norma posterior à Lei 10.211, de 2001, o reconhecimento irrestrito de validade da manifestação da vontade do "doador" deve assumir algum efeito inovador na ordem jurídica. Não se pode admitir que o legislador tenha trazido regra nova desprovida de qualquer utilidade simplesmente para confirmar o que a lei especial já afirmava.

Ainda na mesma direção, é de se registrar que, ao contrário do que fez ao tratar da disposição de órgãos em vida (art. 13, parágrafo único), o Código Civil eximiu-se de remeter a regulação da disposição *post mortem* para a lei especial. Em outras palavras: poderia ter remetido à lei especial, mas não o fez. Pode-se concluir, portanto, que avocou para si o tratamento da matéria. Estabelecida essa premissa, é possível entender que o art. 14 da codificação inova em relação ao tecido legislativo anterior, tornando válido o ato praticado em vida pela pessoa humana com vistas à "disposição gratuita" do próprio corpo "para depois da morte", independentemente

de qualquer requisito adicional. O ato praticado em vida pelo falecido vale, portanto, mesmo sem o consentimento de cônjuges ou parentes, ou qualquer outra formalidade prevista no texto atual da Lei 9.434.

Com isso, o art. 4º da Lei 9.434 passa a ter sua incidência limitada àqueles casos em que, não tendo havido manifestação em vida do doador, não seja possível aplicar o reconhecimento incondicional de validade do art. 14 do Código Civil. Em tais hipóteses, e apenas em tais hipóteses, dependerá de autorização dos familiares o transplante de órgãos, tecidos ou partes do corpo do falecido – já aí sem qualquer prevalência sobre a vontade do falecido, que jamais se exteriorizara num ou noutro sentido.[31]

Tal interpretação atende aos valores constitucionais e permite ainda um passo seguinte: como o art. 14 do Código Civil não exige qualquer forma especial para a disposição do corpo para depois da morte, não deve o intérprete se limitar a eventuais declarações escritas. Assim, mesmo que não haja registro escrito da intenção do falecido, uma eventual recusa dos seus familiares pode vir a ser afastada diante de outras provas (testemunhais, por exemplo) de que o morto manifestara-se em vida, de modo sério e consistente, pelo transplante póstumo de seus órgãos. Trata-se, em última análise, de respeitar o direito da pessoa humana ao seu próprio corpo.

15 O chamado direito ao cadáver e a exposição *À Corps Ouvert*

Para muitos autores, a questão da disposição póstuma de órgãos insere-se em tema mais amplo: o chamado "direito ao cadáver". A expressão é empregada para enfatizar a necessidade de proteção do corpo humano mesmo após a morte. Cercado de misticismo e religiosidade, o cadáver ingressou no campo jurídico por meio do direito penal, que até hoje tipifica condutas como a destruição, subtração, ocultação e vilipêndio de cadáver.[32]

No campo civil, discute a doutrina qual seria a natureza jurídica do cadáver, insistindo alguns em qualificá-lo como coisa ou bem, qualificação negada por outros para evitar indevida interferência da lógica patrimonial no campo do corpo humano. Seja como for, há consenso de que o cadáver se encontra "fora do comércio", restando vedado atribuir-lhe qualquer destinação econômica. Sustenta-se, nesse

---

[31] Tal entendimento foi adotado na *IV Jornada de Direito Civil*, dando ensejo ao Enunciado 277, em que se lê: "O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei nº 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador."

[32] Código Penal Brasileiro, arts. 211 e 212.

sentido, que o cadáver "é objeto de um direito privado não patrimonial, de origem consuetudinária, e que tem por conteúdo a faculdade de determinar o modo e a forma de seu destino normal", direito esse que, à falta de manifestação do falecido, consistiria em "um direito familiar, que corresponde aos parentes do defunto em razão do sentimento de piedade que os liga à pessoa falecida".[33]

A construção é polêmica, já que o resguardo do cadáver encontra razões históricas na tutela da saúde pública. Se é certo que o direito, como fenômeno cultural, se compadece com cerimônias e costumes religiosos, ligados à visitação aos cemitérios e outras homenagens aos mortos, também é preciso estar aberto ao novo. Daí o aceso debate despertado por decisão do Poder Judiciário francês que, em 2009, determinou o encerramento da exposição *À Corps Ouvert*, que fazia grande sucesso em Paris.

Compunham a mostra 12 cadáveres de chineses, sem pele, conservados por meio de uma técnica que permite colocá-los em posições que simulam ações cotidianas, como jogar basquete. A exposição foi recusada por alguns museus e espaços culturais que alegaram razões éticas para não recebê-la. Quando foi enfim inaugurada, *À Corps Ouvert* atraiu cerca de 120 mil visitantes em Paris. A diversão encerrou-se com a decisão proferida em ação judicial proposta por entidades humanitárias, que suscitaram, além de questões éticas, um suposto extravio de cadáveres de prisioneiros chineses. A ordem de fechamento da exibição foi expedida ao argumento de que "lugar de cadáver é no cemitério".[34]

O caso suscitaria intensos debates também no Brasil. O art. 14 do Código Civil autoriza a disposição do próprio corpo com objetivo "altruístico", expressão que é usualmente identificada com a doação de órgãos, mas que poderia, em tese, ser interpretada de modo mais abrangente, alcançando inovadoras formas de expressão artística e cultural, semelhantes àquela que deu ensejo à exposição parisiense. O dispositivo também alude ao propósito "científico", que vem normalmente identificado com o uso universitário de cadáveres. Não se pode ignorar, contudo, o objetivo científico de uma eventual exposição de caráter instrutivo, aberta ao público. Em qualquer caso, contudo, deve ser respeitada a vontade manifestada em vida pelo titular do corpo.

O mais seguro nesse sentido é que se tenha a manifestação escrita do falecido. A ausência dela não impede, contudo, a reconstrução da sua vontade, nem concede poder decisório aos seus familiares. Se é certo que, normalmente, o cônjuge e os parentes são as pessoas mais indicadas para relatar as intenções do morto, também

---

[33] Antonio Chaves, *Direitos à Vida, ao Próprio Corpo e às Partes do Mesmo*, cit., p. 185-186.

[34] A decisão foi confirmada em sede de recurso, como informou em 30.4.2009 a reportagem do *Le Nouvel Observateur* intitulada L'Interdiction de L'Exposition Our body/À Corps Ouvert Confirmée en Appel. Disponível em: <tempsreel.nouvelobs.com>.

é verdade que divergências não são incomuns no próprio seio da família. Ao jurista não cabe ceder à vontade dos parentes, nem tampouco à opinião comum (*rectius*: dominante) acerca da destinação usual do corpo. Ao jurista compete perseguir, como única solução segura, nesses casos, a reconstrução daquela que seria a genuína intenção do falecido.

Como revela o art. 14 do Código Civil, a morte não faz cair por terra a destinação que a pessoa pretendia atribuir ao seu corpo. Sua vontade, manifestada em vida por diversas formas, prevalece sobre a intenção dos familiares e do Estado. Respeitadas as normas de saúde pública, a personalidade do morto há de ser o guia para a solução de conflitos surgidos em torno do uso do seu cadáver. Não é apenas a morte da pessoa, contudo, que deflagra problemas jurídicos tormentosos. Seu direito à vida também pode se converter em séria ameaça à sua dignidade.

16 Direito à vida e transfusão de sangue para Testemunhas de Jeová

Religião que conta com numeroso adeptos no território brasileiro, as Testemunhas de Jeová não podem, consoante sua crença, receber transfusão de sangue.[35] Apesar disso, muitos deles acabam sendo submetidos contra sua vontade a procedimentos de transfusão, após serem sedados por médicos ou enfermeiros em hospitais e clínicas de todo o país. A prática, que pode resultar aos olhos do paciente em uma condenação divina ao tormento, vem quase sempre justificada com base em um direito do próprio paciente: o direito à vida.

O direito à vida é mencionado expressamente por normas médicas, que autorizam a transfusão forçada. É emblemática, nesse sentido, a Resolução 1.021/1980 do Conselho Federal de Medicina, que afirma textualmente: "se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis". Essa suposta supremacia do direito à vida, amplamente difundida na sociedade brasileira, está a merecer uma análise mais detida.

Embora possa consistir em uma opção legítima do ponto de vista moral ou filosófico, a alegada supremacia do direito à vida não encontra qualquer fundamento jurídico em nosso sistema normativo. A Constituição de 1988 não reserva tratamento privilegiado à vida em face de outros interesses pessoais. Menciona o direito à vida no art. 5º, juntamente com tantos outros direitos como a igualdade, a

---

[35] Página oficial da religião registra a existência de mais de 600 mil adeptos no Brasil: <www.jw-media.org>.

segurança, a propriedade e a liberdade, liberdade essa que, no inciso VI da mesma norma constitucional, se desdobra na inviolabilidade da crença religiosa:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias."

A liberdade religiosa, que representa para alguns autores "a verdadeira origem dos direitos fundamentais",[36] não abrange apenas o aspecto positivo, ou seja, a permissão para a realização de atos que atendam aos preceitos de cada religião, mas também o aspecto negativo, consubstanciado no direito de recusa à prática de atos que possam implicar violação às crenças da pessoa. A Constituição de 1988 chega a admitir, nesse sentido, a possibilidade de recusa ao cumprimento de "obrigação legal a todos imposta", desde que acompanhada de prestação alternativa.[37]

Como se vê, nosso texto constitucional eximiu-se de estabelecer qualquer hierarquia entre a vida e outros direitos individuais. Papel prioritário reservou, isso sim, à dignidade da pessoa humana, eleita como fundamento da República no art. 1º, inciso III, da Constituição. Assim, nem a liberdade, nem a vida, nem qualquer dos direitos individuais recebe proteção absoluta. São protegidos apenas enquanto e na medida em que se dirigem à promoção da dignidade humana.

Pode-se afirmar, nessa direção, que não há um direito à vida *digna*, o que há de abranger também o encerramento da vida quando tal resultado for mais consentâneo com a dignidade humana do paciente. Em outras palavras: deve se reconhecer um direito à *morte digna*, sempre que tal decisão representar o exercício de outro direito fundamental (por exemplo, a liberdade religiosa) que, à luz das circunstâncias concretas e da pessoa considerada em sua individualidade, se revele capaz de prevalecer sobre a vida na ponderação entre direitos de igual hierarquia.

Intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na

---

[36] Assim registra J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 377.

[37] "Art. 5º [...] VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei."

pretensa superioridade do direito à vida sobre a sua liberdade de crença.[38] Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma "crença", já que não encontra amparo em nossa Constituição, refletindo, muitas vezes, convicções científicas e religiosas da comunidade médica, em detrimento das convicções do próprio paciente. Outras vezes exprime o compreensível temor dos profissionais de saúde de serem responsabilizados por descumprimento das normas do Conselho Federal de Medicina, como a Resolução 1.021/1980. Nesse cenário, cumpre destacar que normas profissionais emitidas pelo Conselho Federal de Medicina não podem ser invocadas para afastar a incidência da Constituição da República, que coloca a liberdade de religião e o direito à vida no mesmíssimo patamar. Aqui, como em outros campos, não pode o intérprete correr o risco de se agarrar à regra mais específica, esquecendo os princípios que lhe servem de fundamento de validade e que podem ser diretamente aplicados ao caso concreto. A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. É com esses olhos que se deve examinar o art. 15 do Código Civil.

17 O art. 15 do Código Civil e o consentimento informado

O art. 15 do Código Civil traz flagrante equívoco de redação. Afirma:

> "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."

A contrario sensu, o artigo sugere que, não havendo risco de vida, qualquer pessoa pode ser constrangida a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Nada mais absurdo. Toda a produção jurídica das últimas décadas em matéria de responsabilidade médica tem se concentrado sobre a necessidade de obtenção da concordância do paciente para qualquer espécie de tratamento. Em oposição à cultura paternalista que presidiu, no passado, a relação médico-paciente, tem-se ressaltado cada vez mais a necessidade de participação do enfermo nas decisões

---

[38] Idêntico entendimento veio a ser adotado, após a publicação da 1ª edição deste livro, pelos participantes da *V Jornada de Direito Civil*, como se vê do Enunciado 403: "O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante."

concernentes ao seu tratamento.[39] Enfatiza-se, ademais, que tal participação não se restringe a uma autorização genérica para a realização dos procedimentos médicos necessários ou dirigidos à cura, mas importa no *consentimento informado* em relação a cada passo ou etapa da terapia.[40]

Caso emblemático foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2003. Uma paciente submeteu-se a exame de videolaparoscopia diagnóstica, que consiste na realização de uma pequena incisão no abdômen para investigação da cavidade abdominal por meio de um sistema óptico. Durante o exame, o médico responsável considerou necessária a retirada da trompa de Falópio da paciente, procedendo à extração. Mais tarde, a paciente promoveu ação de indenização por danos morais, ao argumento de que, embora tivesse dado autorização genérica para o exame, não havia consentido especificamente com a retirada de qualquer parte do seu corpo. O tribunal acolheu o pedido, decidindo:

> "o réu pode ter tido a melhor das intenções, mas foi imprudente. Não estava autorizado a ir além da videolaparoscopia diagnóstica. Se com o resultado do exame ficasse evidenciada a necessidade de cirurgia, ela deveria ser feita em outra oportunidade, após o consentimento expresso, por não se tratar de intervenção urgente e necessária".[41]

A despeito, portanto, do que sugere o art. 15 do Código Civil, compelir pessoa consciente a se submeter, contra a sua vontade, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, mesmo que sem risco de vida, é conduta vedada no ordenamento brasileiro. O tratamento compulsório só é admitido em hipóteses excepcionalíssimas, nas quais se identifica fundada ameaça ao interesse coletivo à saúde ou à segurança. É o caso das campanhas de vacinação obrigatória para prevenir epidemias ou, ainda, da internação compulsória imposta judicialmente a criminosos que sofrem de certos distúrbios psiquiátricos. Afora hipóteses dessa natureza, o consentimento do paciente deve ser sempre buscado, fornecendo-se a ele, de modo claro e palatável, toda a informação relevante sobre o tratamento e seus potenciais efeitos, positivos ou negativos, além de alternativas eventualmente disponíveis.

Elevado a diretriz norteadora da atividade médica, o princípio do consentimento informado impõe aos profissionais de saúde um permanente diálogo com o paciente. Sua participação é considerada imprescindível à tomada de decisões

---

[39] Heloisa Helena Barboza, A Autonomia da Vontade e a Relação Médico-Paciente no Brasil, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 1, nº 2, 2004, p. 7.

[40] Sobre o tema, ver o precioso estudo de Lydia Neves Bastos Telles Nunes, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Respeitando a Dignidade da Pessoa Humana, RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, Rio de Janeiro: Padua, p. 95-110.

[41] TJRJ, Apelação Cível 2003.001.03239, Rel. Des. Laerson Mauro, 29.8.2003.

relativas ao tratamento. Prestar-lhe informação é dever fundamental dos médicos e estabelecimentos hospitalares. As cortes brasileiras não têm hesitado em conceder indenizações por força de violações ao dever de informar que venham a afetar, de algum modo, a saúde do paciente.

Confira-se, a título ilustrativo, decisão judicial que condenou hospital a indenizar certo doador de sangue que não foi informado de que seu exame havia revelado a presença do vírus de hepatite C. No entender do tribunal, a revelação "possibilitaria o começo do tratamento necessário para amenizar a doença e eventuais complicações". Por essa razão, o hospital foi condenado a indenizar o autor da ação pela "perda da preciosa chance do tratamento precoce".[42] Como se vê, o dever de informar o paciente não se limita ao procedimento específico, mas abrange tudo quanto possa interferir no seu estado de saúde ou no seu quadro clínico.

18 Direito do paciente a não ser informado

A decisão quanto a seguir ou não um tratamento pertence, por definição, ao paciente. Integra a sua autonomia corporal, que deve ser mantida a salvo da intervenção do Estado e de outros particulares. Sedar pacientes no pleno gozo de sua capacidade mental para lhes submeter a tratamento forçado é conduta inadmissível diante das normas constitucionais. Ainda que o médico discorde da decisão do paciente de se recusar a certo tratamento, ou esteja em absoluto desacordo com as razões subjacentes à decisão (convicções religiosas, estéticas ou de qualquer outra natureza), não pode deixar de respeitá-la, sob pena de se substituir ao indivíduo em um campo onde a sua autonomia pessoal deve ser preservada ao máximo.

A mesma conclusão aplica-se, todavia, à situação diametralmente oposta. Tem o paciente o direito de decidir por *não* ser informado acerca dos detalhes do seu tratamento, hipótese em que transfere, voluntariamente, ao médico ou a terceiros as decisões concernentes ao seu estado de saúde. "Para usar um exemplo de escola, o paciente consente em que lhe seja extirpado um quisto, não querendo, contudo, conhecer a natureza dele após a respectiva biópsia."[43]

Também nessa situação, deve-se respeitar a decisão consciente e informada do paciente, que se exprime na deliberação de não ser informado sobre os resultados do exame. Não há aí, portanto, qualquer paradoxo. Aplica-se o princípio do consentimento informado, que consiste na pedra de toque que permite encontrar

---

[42] TRF-4ª Região, Apelação Cível 1999.71.00.029982-0, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 31.3.2009.

[43] Mário de Melo Rocha, *Actas da Oficina sobre a Convenção para a Protecção do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina*, Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa, 2003, p. 75.

solução adequada para inúmeros temas polêmicos em matéria de bioética e atividade médica. A manifestação de vontade do paciente consciente e informado deve ser respeitada sempre, mesmo quando isso implique resultados extremos.

19 O extremo da vida: eutanásia e o caso Nancy Cruzan

Nancy Cruzan viveu sua vida normalmente até os 25 anos, quando, vítima de um acidente automobilístico, foi ressuscitada por paramédicos, recuperando suas funções vitais, mas não sua consciência. Permaneceu em coma por três semanas em um hospital do Missouri, nos Estados Unidos, ingressando, a partir daí, no que se denomina de "estado vegetativo permanente". Sua família iniciou, então, uma longa cruzada para obter o direito de retirar o tubo que a alimentava, deixando-a morrer. Os médicos recusaram-se a tomar qualquer atitude sem autorização do Poder Judiciário. Uma ação judicial foi, então, promovida com base na alegação de que Nancy havia, ao longo da vida, manifestado diversas vezes sua intenção de não ser mantida viva em estado vegetativo. Embora o juiz de primeiro grau tenha acolhido o pedido, a Suprema Corte do Missouri entendeu, em um primeiro julgamento, que não havia prova clara e convincente de que fosse esse o desejo de Nancy Cruzan.

A família Cruzan recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, mas o recurso foi negado, ao fundamento de que o Estado do Missouri era livre para exigir alguma espécie de formalização da vontade do paciente para fins de interrupção do tratamento médico. Naquele julgamento, contudo, a Corte Suprema reconheceu, pela primeira vez, pela maioria de seus membros, um direito constitucional à interrupção do tratamento médico que mantém vivas pessoas em estado vegetativo permanente, desde que respeitadas as formalidades exigidas por Estado.[44]

A batalha legal da família Cruzan, que dividiu a opinião pública norte-americana, encerrou-se em 1990, quando o caso foi reapresentado à Corte do Missouri e, finalmente, acolhido com base em novas provas da intenção inequívoca de Nancy. Em dezembro daquele ano, Nancy Cruzan foi enterrada no cemitério de Carterville, sua cidade-natal, sob uma lápide em que se lê: "Nascida em 20 de julho de 1957. Partiu em 11 de janeiro de 1983. Em paz em 26 de dezembro de 1990."[45]

Casos como o de Nancy Cruzan têm sido debatidos no Brasil de modo acalorado, sob o enfoque moral, cultural e religioso. Também no campo jurídico, a

---

[44] *Supreme Court of the United States*, *497 U.S. 261*, 25.6.1990.

[45] Sobre a tocante jornada da família Cruzan, confira-se a matéria de Andrew Malcolm intitulada *Nancy Cruzan*: *End to Long Goodbye*, publicada em 29.12.1990 e disponível ainda hoje no *site* do jornal *The New York Times*.

discussão tem se mantido nos extremos, contrapondo, de um lado, aqueles que rejeitam a eutanásia, classificando-a como crime de homicídio privilegiado (Código Penal, art. 121, § 1º), e, de outro, aqueles que a defendem diante da ausência de norma expressa a respeito, quer na legislação civil, quer na legislação penal. O debate polarizado parece destinado a não evoluir. O próprio termo *eutanásia* (do grego, *boa morte*) é empregado para designar uma ampla diversidade de situações concretas, que merecem exame em separado.

Há, em primeiro lugar, hipóteses em que o paciente capaz opta livremente por recusar certo tratamento, mesmo após ter sido informado de que a recusa pode conduzir progressivamente ao agravamento da doença e, em última análise, ao óbito. É o caso da vítima de câncer que opta por não realizar quimioterapia. Aqui, não pode haver dúvida de que a vontade do paciente deve ser respeitada. Trata-se de simples aplicação do já aludido princípio do consentimento informado, que, como constata elevada doutrina, "de regra da vida está se tornando também regra do morrer, assinalando a passagem do poder do terapeuta à responsabilidade do paciente".[46] Do mesmo modo que o direito protege a opção da pessoa por tratamentos menos invasivos ou dolorosos, acolhe também sua consciente decisão de não receber tratamento algum. Ainda que a decisão conduza à morte, não se tem, a rigor, eutanásia.

Debates mais intensos surgem em um segundo grupo de hipóteses: quando o paciente, já em fase terminal, solicita a suspensão de procedimentos e tratamentos que prolongam artificialmente a sua existência. Aqui, atender à vontade do paciente resulta diretamente no resultado letal. A participação do médico entra em cena como elemento agravante do dilema ético e jurídico. Nada obstante, também nessa hipótese a vontade consciente e informada do paciente deve ser atendida. Trata-se do que se vem denominando de ortotanásia ou eutanásia passiva.

20 Ortotanásia ou eutanásia passiva

O direito deve ser "sóbrio, limitado e respeitador da autonomia pessoal". Foi o pedido do jurista Stefano Rodotà, diante da comoção gerada na Itália pelo caso de Piergiorgio Welby, poeta, pintor e ativista italiano, que, padecendo de distrofia muscular desde a adolescência, ficou, em 1997, impossibilitado de respirar sem a ajuda de aparelhos.[47] Welby iniciou, a partir de então, uma verdadeira campanha pelo seu direito de morrer. Seu desejo foi finalmente realizado em 2006, mas a

---

[46] Stefano Rodotà, em entrevista ao *Il Manifesto*, publicada em 27.9.2006 sob o título *La Dignità della Fine*.

[47] Stefano Rodotà, *L'Appello Sospetto alla Legge*, *Il Manifesto*, 23.12.2006.

Igreja Católica, em decisão bastante criticada, negou-lhe direito a um funeral religioso. Uma cerimônia civil foi, então, organizada em uma praça pública de Roma, à qual compareceram milhares de pessoas.

A livre opção pela interrupção de tratamento voltado à conservação artificial da vida deve ser respeitada, como expressão da tutela constitucional da dignidade humana. Nessa direção, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.805/2006, cujo art. 1º permite "ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal". Decisão de antecipação de tutela proferida no âmbito de ação civil pública suspendeu a eficácia da norma de 2006, ao argumento de que tal modificação no ordenamento jurídico não poderia advir de mera resolução.[48] A rigor, todavia, não se trata de modificação no ordenamento, mas de simples regulamentação do exercício de autodeterminação do paciente, o qual já decorre da norma constitucional de proteção à dignidade humana.

De todo modo, encontra-se atualmente em tramitação no Congresso Nacional projeto de lei destinado a regulamentar a ortotanásia, também chamada eutanásia passiva e definida como a "suspensão de procedimentos ou tratamentos extraordinários, que têm por objetivo unicamente a manutenção artificial da vida de paciente terminal, com enfermidade grave e incurável" (Projeto de Lei 3.002/2008, art. 2º). O projeto exige "solicitação expressa e por escrito do doente ou seu representante legal" (art. 3º) e estabelece um amplo sistema de controle da decisão com base na atuação de junta médica especializada, do Ministério Público e, eventualmente, do Poder Judiciário (art. 6º).[49]

A aceitação da ortotanásia torna-se ainda mais imperativa naquelas hipóteses em que a conservação artificial das funções vitais se dá com grande sacrifício para o paciente, especialmente quando as chances de cura são nulas ou muito remotas, ou quando a manutenção da vida se promete extremamente dolorosa. É o que se tem chamado, na esteira da emblemática expressão italiana, de *accanimento terapeutico*.

21 *Accanimento terapeutico* e o caso Lillian Boyes

Lillian Boyes, uma inglesa de 70 anos, sofria de uma forma tão dolorosa de artrite reumatoide que, mesmo sob o efeito dos mais poderosos analgésicos, gritava

---

[48] TRF-1ª Região, Processo 2007.34.00.014809-3, 23.10.2007.

[49] Para mais detalhes, ver Gustavo Tepedino; Anderson Schreiber, *O Extremo da Vida – Eutanásia, Accanimento Terapeutico e Dignidade Humana*, *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 39, p. 3-17.

de dor quando seu filho tocava sua mão com o dedo.[50] Sua agonia encerrou-se com uma injeção letal, aplicada por seu médico, Dr. Nigel Cox, que foi condenado a um ano de reclusão, veredicto que deflagrou inúmeros protestos em prol da legalização da eutanásia no Reino Unido.[51]

Casos como o de Lillian Boyes explicam o sentido da expressão *accanimento terapeutico*, produto da alusão ao esforço canino, obstinado, exigido em tais hipóteses para a manutenção da vida. Também se emprega o termo *distanásia*, sinônimo de "morte lenta, com grande sofrimento", em que os potenciais benefícios do tratamento médico "para o paciente são nulos ou tão pequenos ou improváveis que não superam os seus potenciais malefícios".[52] Diante de tais hipóteses, parece desnecessário recordar que a vida é um direito do paciente, não um dever, inexistindo razão jurídica capaz de impedir a interrupção do tratamento que preserva artificialmente a dolorosa sobrevivência do enfermo.

A dignidade humana impõe, como já se viu, não apenas uma vida digna, mas também uma morte digna. Tal garantia revela-se ainda mais importante nessas situações em que a preservação da vida do paciente se dá com enorme sofrimento. Por sofrimento, contudo, não se deve entender apenas o elevado desconforto físico. Também o sofrimento emocional pode justificar a escolha por uma morte digna. A hipótese é bem mais polêmica, mas deve ser enfrentada.

22 O caso Downes e o direito de morrer por amor

Se se morre de amor é o título de um poema de Gonçalves Dias, que muito diz sobre a vida do poeta maranhense:

> Segui-la, sem poder fitar seus olhos,
> Amá-la, sem ousar dizer que amamos,
> E, temendo roçar os seus vestidos,
> Arder por afogá-la em mil abraços:
> Isso é amor, e desse amor se morre!

Apaixonado, desde muito cedo, pela jovem Ana Amélia, o poeta levaria anos para revelar o seu amor e pedir sua mão em casamento. A família da moça recusaria

---

[50] Ronald Dworkin, *Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 251.

[51] Confira-se a matéria de Kathy Marks, *Consultant Convicted of Attempted Murder*, no *The Independent*, 20.9.1992.

[52] Renato Lima Charnaux Sertã, *A Distanásia e a Dignidade do Paciente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32-33.

a proposta e o poeta partiria, desolado, para Portugal. Ana Amélia, musa de um sem-número de seus poemas, não o perdoaria por não ter tido a coragem de romper com tudo e fugir com ela. Gonçalves Dias morreria em 1864, vítima única de um naufrágio, sem ter jamais realizado o seu grande amor.

Melhor sorte teve Edward Downes. O maestro britânico, responsável pela regência de algumas das orquestras mais importantes do mundo, casou-se e teve filhos com a bailarina Joan Downes, por quem era perdidamente apaixonado. A vida do maestro encerrou-se aos 85 anos, quando decidiu que não queria sobreviver à sua mulher, que padecia de um câncer terminal. Edward e Joan, que viveram juntos e felizes por 54 anos, morreram em uma clínica suíça, após beberem um coquetel de barbitúricos, sob o olhar dos filhos, que assim explicaram o gesto: "Eles queriam estar perto um do outro na hora da morte."[53] Edward e Joan Downes faleceram de mãos dadas.

O caso Downes reabriu, no Reino Unido, a polêmica sobre a eutanásia. A situação é algo diversa das contempladas anteriormente. Embora Edward Downes já estivesse, por conta da idade avançada, quase cego e com surdez progressiva, ele não sofria de qualquer doença terminal ou mal doloroso, como no caso Lillian Boyes. Sua decisão foi produto exclusivo de sua vontade de não sobreviver à mulher, que amara intensamente por mais de meio século.

Morrer por amor não é hipótese que conste da cartilha habitual de quem tenta confinar a eutanásia em um rol fechado de situações autorizadoras (dor extrema, tratamento médico inútil etc.). Ainda assim, talvez não exista motivação mais nobre para justificar a escolha. Trata-se de sentimento radicado na mais profunda humanidade da pessoa, de modo que não pode o direito deixar de respeitá-lo. É certo que, como toda opção extrema, exige permanente cautela. A intenção do indivíduo deve calcar-se em um juízo equilibrado, fundado e duradouro, sendo de se evitar, nesse campo, dar guarida a decisões impulsivas, motivadas por arroubos de paixão ou exageros emotivos. Bem diverso foi o caso do maestro britânico, que exerceu de modo deliberado e consciente seu inegável direito de morrer ao lado de quem, por 54 anos, deu razão e sentido à sua vida. "Isso é amor" – concluiria Gonçalves Dias – "e desse amor se morre!."

23 O caso Eluana Englaro e a situação dos pacientes incapacitados

"Minha filha morreu há 17 anos." A declaração do pai de Eluana Englaro, jovem italiana que vivia em coma desde 1992, tornou-se manchete nos principais jornais

[53] *Morte de Casal Reabre Polêmica sobre Eutanásia*, *O Globo*, 15.7.2009, p. 23.

do mundo. A interrupção do tratamento artificial que conservava suas funções vitais foi autorizada, em definitivo, pela *Corte di Cassazione* em 13 de novembro de 2008, após outra longa batalha travada entre seu pai e as autoridades públicas.[54]

O caso de Eluana Englaro tem muito em comum com o já citado caso de Nancy Cruzan. Ambas ingressaram em estado vegetativo que as impedia de manifestar sua intenção de interromper o tratamento. Em tais hipóteses, em que os pacientes são jurídica ou fisicamente incapazes de manifestar sua vontade, abre-se um amplo e compreensível espaço para debate acerca da decisão mais acertada. Discute-se não apenas se alguém pode se substituir ao paciente para tomar tal decisão, mas também quem seria, em caso afirmativo, o legitimado para tanto.

A doutrina registra que, "se o doente está impossibilitado de manifestar-se, a família, em geral considerada guardiã do enfermo, tem assumido tal responsabilidade".[55] Não raro, todavia, há divergência entre parentes, cônjuges, companheiros. Daí oportuna a advertência de Renato Sertã:

> "mais do que as pessoas que sejam vinculadas pelo sangue ou pelo matrimônio ao doente, aqueles que tenham vivenciado de fato a realidade do enfermo, conheçam-no em profundidade, e ainda, mantenham com eles laços afetivos verdadeiros, estarão mais habilitadas a vislumbrar a *integridade do seu perfil*, de modo a melhor interpretarem os seus desígnios mais verazes".[56]

Deve-se reconstruir, de fato, a intenção do paciente, como já tantas vezes ressaltado. A interferência dos familiares em uma decisão tão irreversível suscita, não raro, preocupações com a influência do eventual interesse patrimonial de herdeiros do paciente. Essa é a primeira das razões pelas quais médicos e cortes judiciais hesitam em atender aos pedidos de interrupção de tratamento apresentados por familiares. Tal hesitação tem levado, nos Estados Unidos, e mais recentemente na Europa, a uma crescente difusão do chamado testamento biológico.

24 Testamentos biológicos, procurações de saúde e diretivas antecipadas de vontade

Denomina-se testamento biológico (ou testamento vital, tradução literal da expressão norte-americana *living will*) o instrumento por meio do qual a pessoa

---

[54] Sentença nº 27.145, de 13.11.2008, disponível em: <www.cortedicassazione.it>.

[55] Heloísa Helena Barboza, *Poder Familiar em Face das Práticas Médicas, Revista do Advogado*, nº 76, jun. 2007, p. 40.

[56] Renato Lima Charnaux Sertã, *A Distanásia e a Dignidade do Paciente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 128.

manifesta, antecipadamente, sua recusa a certos tratamentos médicos, com o propósito de escapar ao drama terminal vivido por pacientes incapazes de exprimir a sua vontade. Com o mesmo objetivo, alguns ordenamentos jurídicos têm admitido que a pessoa indique um mandatário para assuntos dessa natureza, por meio das chamadas *health care proxies* ou simplesmente "procurações de saúde".

No Brasil, mesmo à falta de qualquer autorização normativa, a doutrina mais atenta já defendia o direito de "autodeterminação do paciente acerca de futuros tratamentos médicos a serem empregados ou não quando a doença futura não lhe permita discernir bastante para naquele momento tomar a decisão a respeito deles".[57] Seguindo essa tendência, o Conselho Federal de Medicina editou, em 2012, a Resolução CFM nº 1.995, que dispõe sobre as "diretivas antecipadas de vontade", assim definidas no art. 1º da mesma resolução:

> "Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade."

Em boa hora, o Conselho Federal de Medicina deixou de estabelecer requisitos formais para a elaboração das diretivas antecipadas de vontade, limitando-se a aludir ao "conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente". O art. 2º, § 4º, da Resolução CFM nº 1.995/2012 determina que "o médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente". Essa forma de registro é meramente exemplificativa e não exclui outras, que independam da direta comunicação entre médico e paciente.

A Resolução CFM 1.995/2012 distanciou-se, portanto, do posicionamento doutrinário que já era criticado na 1ª edição deste livro: aquele que sustentava a conveniência de se adotar, em relação ao testamento vital, "os requisitos exigidos para o testamento tradicional".[58] O entendimento não era mesmo o mais adequado, como já enfatizado em outra sede.[59] No campo existencial, como destaca Rodotà, deve-se evitar "procedimentos rígidos demais: o testamento biológico deve ser informal e revogável a qualquer momento. É justo, de outro lado, prever a possibilidade de

---

[57] Rose Melo Vencelau Meireles, *A Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Subjetivas Existenciais: uma Análise Qualitativa em face das Situações Patrimoniais*, Tese 2007 (Doutorado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 157-158.

[58] Lydia Neves Bastos Telles Nunes, O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Respeitando a Dignidade da Pessoa Humana, *RTDC*, v. 29, p. 109.

[59] Anderson Schreiber, *Direitos da Personalidade*, cit., p. 61-62.

desrespeitá-lo sempre que entre o momento de sua emissão e o momento da decisão final tenham surgido novidades terapêuticas relevantes".[60]

A Resolução CFM 1.995/2012 atende, portanto, à melhor abordagem do tema: reconhece a validade das manifestações prévias de vontade do paciente, a prevalecer sobre "os desejos dos familiares" (art. 2º, § 3º); e impõe ao médico o dever de respeitá-las (art. 2º, *caput*, embora o Conselho pudesse aí ter empregado expressão mais firme que o simples "levá-las em consideração"). A referida Resolução não esmiúça – e andou bem, neste particular – requisitos formais ou procedimentos de instrumentalização, deixando livre como deve ser a manifestação de vontade sobre aspecto tão extremo e fluido da existência humana.

De fato, o reconhecimento do testamento biológico por meio da figura das "diretivas antecipadas de vontade" não eliminou nenhuma via de realização da vontade do paciente. Não há que se render aqui a um princípio da tipicidade, como se faz no plano patrimonial. E mesmo que não haja registro de manifestação do paciente, não se deve excluir, em determinados casos, a reconstrução da intenção presumida do indivíduo, à luz da sua personalidade, de modo a autorizar a interrupção de tratamentos artificiais que ele, se tivesse refletido a respeito, não teria desejado.

Foi o que reconheceu, expressamente, o Poder Judiciário italiano na corajosa decisão emitida no caso Eluana Englaro. Ao analisar a situação da jovem à luz da sua própria concepção de vida, decidiu a corte italiana pela possibilidade de interrupção do tratamento, "levando em consideração seja a extraordinária duração do estado vegetativo permanente (e, portanto, irreversível) de Eluana, seja a igualmente extraordinária tensão do seu caráter rumo à liberdade, bem como a impossibilidade de conciliação da sua concepção sobre dignidade da vida com a perda total e irrecuperável das próprias faculdades motoras e psíquicas e com a sobrevivência somente biológica do seu corpo em um estado de absoluta sujeição à vontade alheia, todos fatores que aparecem, na espécie, como prevalentes sobre uma necessidade de tutela da vida biológica em si e por si considerada".[61]

O paradigmático julgado ressalta a importância de se analisar o caso à luz da concepção de vida digna do próprio paciente, inconciliável, naquele caso concreto, com a prolongada permanência em um estado meramente vegetativo. Sem negar relevância a outros interesses que circundam a decisão, como os interesses de familiares, desgastados por um continuado sofrimento, ou os interesses da sociedade como um todo, afetada, embora de modo menos evidente, pelo custo social que a

[60] Stefano Rodotà, *La dignità della fine*, cit. Ainda sobre o tema, ver Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, *O Extremo da Vida*: Eutanásia, Accanimento Terapeutico e Dignidade Humana, cit., p. 14-16.

[61] Trecho do Acórdão 27.145, de 13.11.2008, em que a *Cassazione*, acolhendo os fundamentos o tribunal *a quo*, negou provimento ao recurso interposto pela *Procura di Milano* contra decisão que autorizou a interrupção do tratamento médico de Eluana Englaro.

manutenção de pacientes em estado vegetativo provoca para o sistema público de saúde, a corte decidiu que o critério a ser seguido, sob o prisma constitucional, é o da concepção de vida digna ostentada pelo próprio enfermo. É preciso "reconstruir através dos estilos de vida e da personalidade do paciente"[62] aquela que seria a sua vontade no extremo da sua existência.

25 O extremo do extremo: o Doutor Morte e a assistência ao suicídio

Cumpre examinar, ainda no campo do direito à morte digna, uma última situação: aquela em que o médico não se limita a interromper o tratamento do paciente em estado terminal, mas lhe auxilia com seus próprios atos na obtenção do resultado letal. Foi o que ocorreu no caso de Patricia Trumbull, paciente que sofria de leucemia e se recusou a realizar quimioterapia por entender que os ônus do tratamento não compensavam os benefícios que seriam, eventualmente, alcançados. Seu médico, o Dr. Thimothy Quill, prescreveu pílulas de barbitúricos à sua paciente, explicando-lhe qual seria a quantidade suficiente para provocar a própria morte. Patrícia Trumbull ingeriu as pílulas e faleceu tranquilamente no sofá de sua casa.

O Dr. Quill não escapou nem de trocadilhos com seu sobrenome, nem de um processo criminal por auxílio ao suicídio, com base no direito penal norte-americano. O júri decidiu, todavia, que o Dr. Quill não deveria ser condenado. Levou em conta, na sua decisão, o fato de que o médico "não sabia" se a paciente faria uso das pílulas ou não. Sua participação não havia sido, portanto, a causa direta e imediata do falecimento. Além disso, houve grande preocupação à época, especialmente por parte dos órgãos de saúde pública, em enfatizar a longa duração da relação entre o Dr. Quill e Patricia Trumbull, o que lhe permitiu conhecer, em detalhes, os efeitos da doença sobre sua paciente e seu perfeito estado mental ao decidir pela interrupção da vida.[63]

Mais que a interferência direta ou não, esse último dado parece ser extremamente relevante para distinguir a conduta do Dr. Quill dos atos praticados por outro médico americano, o Dr. Jack Kevorkian. Natural de Michigan, o Dr. Kevorkian, apelidado de *Doctor Death* pela imprensa norte-americana, desenvolveu uma ampla variedade de máquinas de suicídio, que possibilitam ao usuário encerrar sua vida apertando um simples botão. Com os aparelhos instalados na parte traseira de sua van, o Dr. Kevorkian percorreu cidades dos Estados Unidos, auxiliando pessoas

---

[62] É, ainda uma vez, a lição de Stefano Rodotà, *Al Centro la Persona e la sua Idea di Dignità, Il Manifesto*, 17.10.2007.

[63] Ronald Dworkin, *Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, cit., p. 261-262.

a se suicidarem, com ampla exposição midiática. Segundo seus advogados, ele teria, entre 1990 e 1998, auxiliado cerca de 100 pacientes em estado terminal a darem fim às suas próprias vidas.

Em 1998, contrariando sua conduta habitual, o Dr. Kevorkian aplicou diretamente uma injeção letal em Thomas Youk, um homem de 52 anos que se encontrava nos estágios finais de uma doença neurodegenerativa. O ato foi filmado e exibido em rede nacional, com a autorização do Dr. Kevorkian, que desafiou as autoridades a tentarem impedi-lo de prosseguir com sua atividade. Em 1999, ele acabou condenado pelo homicídio de Thomas Youk.[64] Cumpriu pena até junho de 2007, quando deixou a prisão sob a condição de não auxiliar qualquer pessoa a se suicidar.[65] Faleceu em junho de 2011, aos 83 anos de idade.

Se há uma lição que pode ser extraída da conturbada trajetória do Doutor Morte é a de que a defesa radical de uma ideia pode enfraquecê-la mais que um ataque moderado. Questões extremas, como a eutanásia, não podem ser debatidas em termos abstratos e genéricos, no estilo "ou tudo ou nada". Em matéria de eutanásia, já é hora de substituir o desgastado embate entre "contra" e "a favor" pela diferenciação das diversas hipóteses que são apresentadas sob o mesmo rótulo, muitas vezes deliberadamente, para confundir a opinião pública e impedir avanços no delicado debate democrático em torno da morte digna.

26 Uma agenda para o direito à morte digna

A rica multiplicidade de situações exposta nas páginas anteriores confirma que a eutanásia não é tema que se compadeça com uma solução unívoca. Com vistas a estimular o efetivo debate em torno do tema, convém traçar alguns critérios aplicáveis à ampla diversidade de situações que suscitam o exercício do direito à morte digna:

(i) em primeiro lugar, deve-se respeitar a expressa recusa ao tratamento manifestada pelo paciente consciente, capaz e devidamente informado das consequências de sua decisão, mesmo quando a recusa possa resultar direta ou indiretamente na extinção da sua existência;

---

[64] *Kevorkian Sentenced to 10 to 25 Years in Prison*. Reportagem de Dirk Johnson disponível no *site* do jornal *The New York Times* (<www.nytimes.com>), 14.4.1999.

[65] Em janeiro de 2008, o Dr. Kevorkian proferiu palestra na Universidade da Flórida, para um público de quase 5.000 pessoas, defendendo a legalização da eutanásia. Declarou, na ocasião: "Meu propósito ao ajudar um paciente não era causar a morte [...], meu propósito era encerrar o sofrimento" (Jack Stripling, *Kevorkian Pushes for Euthanasia*. Publicada em 16.1.2008, na versão eletrônica do *The Gainesville Sun*: <www.gainesville.com>).

(ii) se o paciente estiver inconsciente ou por alguma outra razão impedido de se exprimir livremente, sua manifestação prévia da vontade, formalizada em testamento biológico ou não, deve ser respeitada, admitindo-se o não atendimento da sua manifestação de vontade apenas diante de mudanças significativas na eficiência ou variedade dos tratamentos médicos disponíveis que possam afetar a vontade do paciente;

(iii) se o paciente não for capaz de exprimir sua intenção e não tiver feito prévia declaração a respeito da matéria, será necessário reconstruir sua vontade, à luz da sua concepção de vida, extraindo de seu próprio comportamento pregresso aquela que seria sua decisão diante das circunstâncias concretas em que se encontra (circunstâncias que podem variar enormemente, indo do simples estado de inconsciência até condições de profundo sofrimento e agonia);

(iv) situação diversa é aquela em que o paciente solicita a assistência do médico para a obtenção do resultado letal, hipótese em que a avaliação jurídica da conduta do médico dependerá, além da inequívoca caracterização da intenção e iniciativa do paciente, de circunstâncias outras como a duração e a seriedade do acompanhamento clínico efetuado pelo médico, evitando-se a banalização de uma decisão que, pelo seu caráter drástico, deve ser sempre livre e refletida.

Pelo domínio das diferenças é que se chegará ao consenso. Somente o aprofundamento do debate público em torno das distintas situações que conduzem a uma decisão tão trágica como a de encerrar a própria vida poderá conduzir a um tratamento da matéria compatível com os valores constitucionais, retirando-a do silêncio embaraçoso que a circunda no cotidiano de clínicas e hospitais. O choque improdutivo entre os extremos, repletos de preconceitos e nunca dispostos ao consenso, deve ser substituído por uma discussão democrática, deflagrada a partir de situações concretas vistas não sob um rótulo único, mas com efetivo respeito à sua especial particularidade. É o esforço que se procura empreender atualmente no Brasil em relação ao outro extremo da vida.

27 O outro extremo da vida: o aborto e o caso dos fetos anencefálicos

Tratado como tabu por décadas, e tipificado como crime no Brasil, o aborto ganhou, enfim, o espaço público. Pouco a pouco, a sociedade brasileira desperta para os aspectos sociais do tema, confrontando-se com a tragédia diária de jovens sem recursos econômicos que realizam abortos em clínicas clandestinas, sob condições insalubres. O dia a dia do país demonstra que a criminalização do aborto não evita a prática, apenas a condena ao submundo, à marginalidade. Com a divulgação de dados e informações outrora ignorados, cresce o apoio à autorização para o aborto em algumas condições, a partir de intensos debates.

Foi o que se viu nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de ação judicial que pede autorização para aborto de fetos anencefálicos. Promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, a ação pretendia, em síntese, que o Código Penal fosse interpretado em conformidade com os princípios constitucionais, de modo a se afastar a configuração de crime na interrupção da gravidez de fetos anencefálicos. A anencefalia caracteriza-se pela ausência total ou parcial do encéfalo, derivada de uma má formação do feto que pode ser constatada já nos primeiros meses de gestação. Trata-se de anomalia letal. Embora não se possa determinar, com precisão, o tempo de vida extrauterina, a expectativa de vida de bebês anencefálicos é curtíssima.

Aos olhos do direito civil, a personalidade somente se inicia com o nascimento com vida (Código Civil, art. 2º). A decisão em relação ao aborto recairia, assim, no domínio de autodeterminação corporal da gestante. O Código Penal, todavia, ao tratar dos crimes contra a vida, criminaliza a prática, punindo tanto a gestante que provoca o aborto em si mesma ou consente que terceiro o provoque (art. 124), quanto o terceiro que realiza o aborto, sem ou com o consentimento da gestante (arts. 125 e 126). O art. 128 da lei penal traz as únicas situações em que o aborto não é punido no direito brasileiro:

> "Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."

Analisando o pedido da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, o Ministro Marco Aurélio de Mello concedeu, em 1º de julho de 2004, corajosa liminar reconhecendo o "direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto". Destacou, na ocasião, o Ministro:

> "[...] a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade."

A liminar viria a ser revogada pelos demais Ministros, abrindo-se nova fase do processo, para a realização de audiências públicas com entidades envolvidas com a causa. Embora tenham se arrastado por tempo demasiadamente longo, as audiências públicas sensibilizaram os Ministros e a sociedade para o drama vivido pelas gestantes de fetos anencefálicos. Finalmente, em abril de 2012, quase oito anos

após a sua propositura, a ADPF 54 foi a julgamento definitivo. Por 8 (oito) votos a 2 (dois), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o pedido era procedente: a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não configura crime de aborto no Brasil.

O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, citou dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), referentes ao período entre 1993 e 1998, segundo os quais o Brasil é o quarto país no mundo em incidência de anencefalia fetal. E destacou:

> "Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida."

Na mesma direção, registrou o Ministro Luiz Fux:

> "Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura".

O Ministro Gilmar Mendes lembrou que, dos 194 países vinculados à Organização das Nações Unidas (ONU), 94 já permitiam o aborto quando verificada a ausência parcial ou total de cérebro no feto. E o Ministro Ayres Britto afirmou:

> "[...] é um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a locução 'dar à luz'. Dar à luz é dar à vida e não dar à morte. É como se fosse uma gravidez que impedisse o rio de ser corrente."

O entendimento pela procedência do pedido foi acompanhado, ainda, pelos Ministros Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, Presidente da Corte, votaram pela improcedência e restaram vencidos. O Ministro Toffoli declarou-se impedido para participar do julgamento, por já ter se manifestado publicamente, quando Advogado-Geral da União, sobre a ADPF 54, a favor da possibilidade de interrupção da gravidez em casos de anencefalia.

O julgamento da ADPF 54 representou importante passo na tutela da dignidade da mulher e de seus direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal afastou o tratamento repressivo do direito penal que servia de obstáculo ao livre exercício da autodeterminação corporal da mulher, em uma situação extrema. A Corte foi,

contudo, cautelosa em sua conclusão, evitando recomendar ao Ministério da Saúde e ao Conselho Federal de Medicina que adotassem medidas para viabilizar o aborto nos casos de anencefalia, como queriam alguns Ministros. Também preocupou-se todo o tempo em destacar que cuidava de uma situação peculiar e específica, receosa de que suas conclusões fossem estendidas a outras hipóteses de aborto. Advertiu, neste sentido, a Ministra Cármem Lúcia:

> "Faço questão de frisar que este Supremo Tribunal Federal não está decidindo permitir o aborto."

Não há como deixar, contudo, de aplicar o mesmo raciocínio libertário a outras situações que vão além da anencefalia.

28 O aborto para além da anencefalia

As conclusões do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 54 foram extraídas do exame dos casos de anencefalia. Todavia, o raciocínio traçado pela Corte pode e deve ser estendido a outras situações patológicas que, radicando na mesma característica fundamental da anencefalia, evidenciem o elevado risco de morte do feto antes, durante ou logo após o parto (como ocorre, por exemplo, em certas hipóteses de má-formação óssea). Não há qualquer razão para que a interrupção da gravidez nestes casos seja considerada crime, se já não o é na hipótese de anencefalia.

Em um segundo grau de extensão devem ser consideradas, também, aquelas situações que, embora sem o componente sombrio do prognóstico da morte certa, impõem risco grave de vida ou comprometem de modo significativo a saúde da criança. Em muitos países, por exemplo, é autorizada a interrupção da gravidez em caso de diagnóstico de rubéola, doença que, se contraída pela gestante, pode impor severas limitações físicas à criança que venha a nascer – hipótese que já gerou, em célebre precedente, demanda indenizatória por violação ao suposto direito de não nascer.[66]

Por fim, e já aqui transcendendo as conclusões do Supremo Tribunal Federal, impõe-se a revisão da vedação penal ao aborto, privilegiando-se, de modo mais efetivo e realista, a autodeterminação pessoal da gestante em qualquer hipótese. As situações identificadas acima (anencefalia, má-formação óssea, rubéola etc.) revelam apenas hipóteses tópicas em que a criminalização do aborto assume conotação

---

[66] A referência é ao *affair Perruche*, julgado pela Cour de Cassation favoravelmente ao jovem Nicolas Perruche, que pleiteava a indenização. Para mais detalhes sobre o caso, ver Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97.

monstruosa, assemelhando-se, como asseverou o Ministro Luiz Fux, à imposição da tortura. A verdade, contudo, é que, em qualquer situação, a maternidade deve ser uma dádiva desejada, não havendo, à luz da nossa ordem jurídica, qualquer razão legítima para que o Estado interfira na autonomia corporal da mulher, impondo-lhe, a partir de descuidos ou acidentes, uma gravidez involuntária.

A maternidade é, em essência, uma decisão. A intromissão pública nos destinos do corpo e na opção pela maternidade – tornando-a, portanto, uma não opção – afronta diretamente a dignidade humana, tutelada na Constituição como valor fundamental da República (art. 1º, III). Agride, ainda, o art. 226, que alude à paternidade responsável e impede a interferência coercitiva do Estado no planejamento familiar (§ 7º). Pior: atentando-se para a realidade social, onde o aparato público repressivo não logra impedir o aborto para quem quer que tenha recursos para financiá-lo, verifica-se, como já destacado, que a vedação criminal tem como único efeito empurrar mães jovens e pobres para clínicas clandestinas, com imenso risco à sua saúde e à sua vida.

Concorde-se ou não com esses argumentos, o que se faz urgente é um debate social e jurídico mais franco, que tenha olhos abertos para a realidade e que transcenda a mera repetição de dogmas e preconceitos construídos à luz de ideologias do passado, não mais compatíveis com os valores consagrados na Constituição brasileira. O direito ao próprio corpo, visto em uma dimensão mais ampla como direito à integridade psicofísica, à saúde e ao bem-estar, não apenas impede, mas faz parecer verdadeiramente medieval o uso da força do Estado para reprimir uma escolha que é importante demais para não ser íntima, pessoal e desejada.

3 Direito à Honra

Falaram mal de você
Ontem no café
Eu vi quem foi
Mas não sei quem é.
(Gilberto Alves, *Falaram Mal de Você*)

1 A honra de Lorenzo Daza

"Ao morrer sua esposa tinha imposto a si mesmo o propósito único de fazer da filha uma grande dama. O caminho era longo e incerto para um traficante de mulas que não sabia ler nem escrever, e cuja reputação de ladrão de cavalos não estava tão provada quanto difundida na província de São João de Ciénaga. Acendeu um charuto de tropeiro, e se queixou: – A única coisa pior do que a má saúde é a má fama."[1]

A constatação de Lorenzo Daza, personagem célebre de Gabriel García Márquez, está longe de representar mera ficção. A imensa maioria das pessoas reserva elevado valor à reputação de que desfruta no meio social. A honra constitui, de fato, um importante aspecto da vida relacional do ser humano e a ordem jurídica reconhece a necessidade de protegê-la.

A Constituição brasileira consagra o direito à honra em seu art. 5º, inciso X, ao lado de outros direitos da personalidade:

> "Art. 5º [...]
>
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

---

[1] Gabriel García Márquez, *O Amor nos Tempos do Cólera*, Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 105.

No âmbito infraconstitucional, é marcante a atenção que o Código Penal dispensa ao tema, regulando especificamente os crimes de injúria, calúnia e difamação.[2] A manutenção desses tipos penais na atualidade é bastante discutível. Para muitos penalistas, as violações à honra poderiam ser solucionadas exclusivamente por meio da responsabilidade civil, sem necessidade de se criminalizar essas condutas. De fato, a incorporação da matéria ao Código Penal atende a razões históricas, vinculadas ao intuito estatal de reduzir o elevado número de conflitos derivados da violação à honra até o fim do século XIX. Afrontas e desaforos desaguavam, não raro, em rixas e duelos, justificando a repressão de cunho criminal. Esse enfoque penal influenciou de modo inegável a tutela civil da honra, bem mais recente. O Código Civil de 2002, como seu antecessor, emprega, em inúmeras oportunidades, os termos *injúria*, *calúnia* e *difamação*, tomando por empréstimo as noções do direito penal.[3]

Da doutrina penalista advém, ainda, a distinção entre (i) honra objetiva, assim entendida a reputação de que goza a pessoa no meio social, e (ii) honra subjetiva, consubstanciada no sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral.[4] No direito penal, a honra subjetiva é associada ao crime de injúria, enquanto a honra objetiva é o bem lesado pelos crimes de calúnia e difamação, extraindo-se da distinção importantes consequências na disciplina jurídica desses delitos. Os civilistas abraçam a dicotomia, dando-lhe novos usos, como se verá no tocante ao dano moral à pessoa jurídica.[5]

Não se deve imaginar, contudo, que a forte apropriação da noção de honra pelo direito penal tenha gerado resultados exclusivamente condenatórios. A lesão à honra já foi invocada, mesmo no campo criminal, como excludente de responsabilidade.

2 O famoso caso Doca Street

Tamanha a importância reservada à honra na vida social que sua tutela já foi considerada suficiente para excluir a responsabilidade pelos atos mais extremos do ser humano. Até meados do século passado não era incomum que advogados

[2] "Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa. [...] Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. [...] Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa."

[3] São exemplos os arts. 557, 953, 1.573 e 1.962 do Código Civil.

[4] Ver, entre outros, Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 5. ed., p. 245-246.

[5] O tema será tratado mais adiante, neste mesmo capítulo.

criminalistas alegassem uma suposta "autotutela da honra" como meio de eximir seus clientes da responsabilidade penal por crimes passionais. Nas palavras de Evandro Lins e Silva, "a posição machista levava a mulher a uma situação de objeto, de coisa. Sustentava-se, com toda tranquilidade – há decisões dos tribunais togados, não eram do júri não –, que o marido que descobria que a mulher o enganava, em caso de flagrante adultério, tinha o direito de matar. Direito! Legítima defesa da honra".[6]

O argumento foi ouvido ainda em 1980, no famoso julgamento de Raul Fernando do Amaral Street, ou simplesmente Doca Street, um badalado corretor de ações acusado de assassinar a tiros sua namorada, Ângela Diniz. Conhecida como a "Pantera de Minas", Ângela era uma das mulheres mais bonitas do Brasil e a vida agitada do casal, no final dos anos 70, era retratada constantemente nos jornais. O crime chocou o país e o acusado teria sido prontamente condenado pelo Tribunal do Júri, não fosse a apaixonada atuação de um certo advogado de defesa.

Sustentando que o comportamento da "mulher fatal" havia ferido a honra de Doca Street, levando-o ao desespero e a atos contrários à sua natureza, Evandro Lins e Silva seduziu o júri, que acolheu, ao final, a tese de excesso culposo na legítima defesa, atribuindo ao réu a pena de dois anos de detenção e lhe concedendo o benefício da suspensão condicional da pena. O julgamento acabaria anulado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, em novo júri, dessa vez sem a presença do exímio advogado, Doca Street seria condenado a cumprir pena por homicídio.

Em 2006, mais de 30 anos depois, o caso voltou às manchetes dos jornais. Quite com a justiça, Doca Street lançou o livro *Mea Culpa*, contando sua versão dos acontecimentos. A obra, que descreve em detalhes o estilo de vida do casal, inclui trechos sobre consumo de drogas por Ângela Diniz e a revelação daquela que teria sido sua última frase: "Se quiser ficar comigo vai ter de me dividir com homens e mulheres." O livro despertou a indignação da filha da vítima, para quem o autor continua, após tantos anos, a "assassinar a reputação" de sua mãe.[7]

O episódio retrata a importância que a sociedade ainda reserva à noção de honra e como sua invocação pode gerar efeitos os mais variados no campo jurídico. O Código Civil de 2002 dá bons exemplos disso. Na linha da codificação anterior, regula diversos efeitos patrimoniais específicos da violação à honra, como o direito de revogação da doação no caso do donatário atentar contra a reputação do doador (art. 557, III). Esses e outros efeitos patrimoniais serão examinados mais adiante. A tutela civil da honra não se limita, contudo, a um número fechado de situações específicas. Trata-se de direito fundamental do ser humano, que o Código Civil

[6] Evandro Lins e Silva, *O Salão dos Passos Perdidos – Depoimento ao CPDOC*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira e Ed. FGV, 1997, p. 429.

[7] Declaração da filha de Ângela Diniz ao jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 6.9.2006.

contemplou, ainda que de modo assistemático, no capítulo dedicado aos direitos da personalidade.

3 Direito à honra no Código Civil

Direito fundamental dos mais antigos, a honra merecia atenção específica do Código Civil no capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Não ganhou, todavia, um dispositivo próprio. Sua proteção acabou mesclada com outros atributos da pessoa humana, como o nome e a imagem. Veja-se, por exemplo, o art. 17 do Código Civil. A pretexto de tutelar o direito ao nome, o legislador proibiu a utilização do nome alheio "em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória". A toda evidência, o que o dispositivo procura tutelar não é o uso do nome em si, mas a honra daquele cujo nome é empregado sem prévia autorização. O nome foi aí captado não como direito independente, mas como instrumento de lesão à boa fama e à respeitabilidade da pessoa no meio social.[8]

O mesmo problema se verifica no art. 20 do Código Civil, que veda a divulgação de escritos, a transmissão da palavra e a publicação, exposição ou utilização da imagem da pessoa "se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade". Embora se refira textualmente ao direito de imagem, o art. 20 acaba misturando a proteção da representação visual da pessoa com a proteção da sua honra. É verdade que, na prática, a violação à honra vem, muitas vezes, acompanhada do uso não autorizado da imagem, mas não há dúvida de que consistem em direitos autônomos, aos quais o ordenamento jurídico assegura proteção própria e independente. O uso não autorizado da imagem pode ser vedado mesmo na ausência de qualquer afronta à honra ou à respeitabilidade.[9] De outro lado, a violação à honra pode surgir sem o uso da imagem ou mesmo do nome da vítima, como na hipótese de lhe ser dirigido um xingamento durante uma discussão em local público.

O Código Civil deveria ter separado melhor as fronteiras entre o direito à honra e outros direitos da personalidade. A confusão não se deve, contudo, a um desprestígio do direito à honra. Muito ao contrário: só a forte influência histórica da tutela da honra explica, por exemplo, a menção à honra no tratamento do direito de imagem, direito ao qual a maior parte da doutrina e da jurisprudência não reconhecia autonomia na década de 1970, época da elaboração do projeto que deu ensejo ao Código Civil. A miscelânea não advém, portanto, de uma negação do direito à

---

[8] Para mais detalhes, ver, nesta mesma obra, o capítulo que trata do direito ao nome.

[9] Ver o item intitulado *Imagem não é nada?* no capítulo atinente ao direito de imagem.

honra, mas da insistência em enxergá-lo como fundamento de outros direitos cuja independência só anos mais tarde viria a ser reconhecida.

Também por força de sua importância histórica, o direito à honra aparece em diversas normas específicas, espalhadas pelo Código Civil. De fato, se carece de tratamento sistemático no novo capítulo reservado aos direitos da personalidade, o direito à honra acaba se manifestando em outros tantos setores da codificação, que vão do direito dos contratos ao direito das sucessões, passando pela responsabilidade civil.

4 O tautológico art. 953 do Código Civil

Na disciplina da responsabilidade civil, o art. 953 do Código Civil registra expressamente:

> "Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
>
> Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso."

Aqui, o Código Civil fez uso das noções colhidas no direito penal, aludindo à injúria, calúnia e difamação. Melhor seria que tratasse simplesmente da violação à honra, não se justificando, no atual contexto, a restrição aos tipos penais mencionados. O art. 953 é, a rigor, uma repetição irrefletida de dispositivo da codificação anterior. No Código Civil de 1916, editado em uma época na qual se negava, em regra, indenização ao dano moral, justificava-se a existência de um dispositivo específico para autorizar a reparação do dano à honra. Hoje, contudo, restando constitucionalmente reconhecida a reparabilidade do dano moral e consagrada, no mesmo texto constitucional, a tutela da honra, não se compreende por que o legislador civil sentiu a necessidade de declarar, de modo verdadeiramente tautológico, que "a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido". Nem o dispositivo acrescenta nada de útil, nem a reparação do dano à honra está limitada às hipóteses em que restem configurados os delitos de injúria, difamação ou calúnia.

Pior, contudo, é o parágrafo único do art. 953, que, na contramão da História, sugere que o juiz somente poderá fixar indenização por arbitramento, como ocorre necessariamente no dano moral, "se o ofendido não puder provar prejuízo material". Em que pese a redação do dispositivo, é evidente que não se pode admitir ali qualquer condicionante. O dano moral poderá ser fixado equitativamente pelo juiz,

independentemente de existir prova do dano patrimonial ou o dano patrimonial em si. Quanto a isso, não há qualquer dúvida.

Então, qual a utilidade do parágrafo único do art. 953? A doutrina não lhe vem reconhecendo nenhuma. Há, contudo, uma possibilidade interpretativa que não deve ser desprezada. Da letra fria do parágrafo único do art. 953 pode-se extrair uma autorização para que o juiz fixe por equidade não o dano moral decorrente da violação à honra (como já decorre do texto constitucional), mas o próprio dano patrimonial sofrido pela vítima, nas hipóteses em que não lhe for possível demonstrar o impacto econômico da lesão à honra. Tal interpretação permitiria escapar aos limites estreitos da teoria da diferença, que só admite a quantificação do dano patrimonial por meio da comparação do patrimônio da vítima antes e depois da lesão. A proposta é ousada e o tema será retomado ao se tratar do chamado dano à honra da pessoa jurídica, campo em que o leitor poderá perceber os seus efeitos práticos.

Ainda sobre o art. 953, cumpre ressaltar que, embora o dispositivo se limite a contemplar a "indenização" pelo dano causado à honra da vítima, nada a impede de pleitear também a compensação não pecuniária do dano, por meio da imposição ao ofensor de obrigações de fazer destinadas a restaurar a reputação do sujeito no meio social e a corrigir mensagens equivocadas que tenham maculado a sua honra. Nesse sentido, mecanismos como a retratação pública assumem crescente importância, como também se verá mais adiante.

5 Outros efeitos da violação à honra

À parte os dispositivos já examinados, o Código Civil reserva à honra algumas aplicações específicas em outros setores, como o direito de família, onde autoriza a anulação do casamento celebrado com erro essencial sobre a "honra e boa fama" do cônjuge (art. 1.557, I). O Código Civil também permite a anulação do casamento celebrado mediante coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges "houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente" para sua "honra" ou de seus familiares (art. 1.558).

O Código Civil cuida ainda, com especial atenção, de algumas repercussões patrimoniais da violação à honra. Como já se adiantou, a codificação autoriza a revogação por ingratidão da doação por parte do doador se o donatário "o injuriou gravemente ou o caluniou" (art. 557, III), ou, ainda, se praticou tal ofensa em face do "cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador" (art. 558). Na mesma direção, o art. 1.814 chega ao ponto de eleger a violação à honra como causa de exclusão da sucessão hereditária, nos seguintes termos:

> "Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
>
> [...]
>
> II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro [...]."

Também quando estabelece sanções para a cobrança indevida de dívidas, o Código Civil tutela, mesmo que de modo indireto, o direito à honra:

> "Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.
>
> Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição."

A obrigação de pagar "o dobro do que houver cobrado" ou "as custas em dobro" ou ainda "o equivalente do que dele exigir" consistem, claramente, em sanções estabelecidas pelo legislador a fim de desestimular a cobrança de valores indevidos, que repercutem, em última análise, sobre a reputação do indivíduo no meio social. Os dispositivos devem, contudo, ser examinados com cuidado. A partir do reconhecimento constitucional de que o dano moral deve ser reparado em sua plenitude, não se pode extrair dos arts. 939 e 940 um teto para a indenização decorrente da violação à honra nos casos de cobrança indevida. Os dispositivos devem ser lidos como penas privadas,[10] instituídas como sanção *mínima*. São penas estabelecidas no interesse coletivo de se evitar a proliferação de atos injustificados de cobrança. Não devem jamais ser compreendidas como limites à plena reparação do dano à honra, cuja extensão e intensidade devem ser livremente avaliadas em cada caso concreto.

É de se notar, nesse sentido, que a jurisprudência tem restringido a aplicação das sanções previstas nos arts. 939 e 940 às hipóteses em que se verifica a má-fé na cobrança indevida.[11] Semelhante postura não pode ser adotada em relação ao dano moral decorrente da violação à honra da vítima, cuja reparação se impõe mesmo em relações regidas pela responsabilidade objetiva, onde a intenção do ofensor é, por definição, irrelevante. No caso das relações de consumo, registre-se,

---

[10] Gustavo Tepedino; Anderson Schreiber, As Penas Privadas no Direito Brasileiro. In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino, (Org.), *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 499-525.

[11] O entendimento deriva da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, que, emanada sob a vigência do Código Civil de 1916, determinava: "Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil."

o legislador especial decidiu impor as mesmas penas da codificação civil, ressalvando a "hipótese de engano justificável" (art. 42), o que faz recair sobre o cobrador o ônus de demonstrar que a cobrança se deu por um erro. Para além dessas sanções civis que dependem de condições específicas, o dano à honra, como elemento da responsabilidade civil, deve ser avaliado à luz do impacto negativo do ato sobre a reputação da vítima, sem qualquer consideração sobre o propósito ou estado íntimo do causador do dano. Na complexidade da vida social, pode mesmo ocorrer que o dano à honra seja causado com a melhor das intenções.

6 O caso Mayrink Veiga

"Gosto muito de me considerar alienado. Só não sou alienado quanto à condição humana, aí não. Há pouco tempo fiz um artigo elogiando a Carmen Mayrink Veiga. É chato elogiar a Carmen Mayrink Veiga, mas elogiei. Estive na casa dela. É uma tristeza, um luxo de um mau gosto desgraçado. Uma perua. Mostrou os álbuns de fotografia, e todos os amigos estão na cadeia. 'Esse deu desfalque na Suíça, coitadinho. Esse deu desfalque (rindo) na Inglaterra, está preso, todo dia eu rezo para ele sair da cadeia...' O mundo de Carmen Mayrink Veiga é terrível! E todo mundo está chutando esse cachorro atropelado. Ela está doente, tem um problema chato na perna, sente dores, vive à base de cortisona, está enorme, monstruosa de feia. Mas, na hora da fotografia, bota aquele sorriso e ainda é uma perua. Arrivista social, alpinista social – tudo o que você quiser você joga em cima dela. Mas no momento em que a Carmen Mayrink Veiga está na desgraça, virou saco de pancada, eu me recuso a linchar. Nunca linchei um Judas. Agora ela conseguiu dar a volta por cima? Aí vou em cima dela, entendeu? Talvez eu tenha herdado isso do meu pai: adoro causas perdidas..."

A passagem acima transcrita consta de entrevista concedida pelo escritor Carlos Heitor Cony à Revista *Playboy*, publicada em julho de 1997. O relato gerou uma ação judicial de indenização por dano à honra, promovida por Carmen Mayrink Veiga contra a Editora Abril.[12] Em sua defesa, a editora invocou elogios anteriores do entrevistado à demandante e uma certa intenção do escritor, registrada na própria passagem, de defender a *socialite*. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não acolheu o argumento. Embora a responsabilidade civil por dano à honra possa ser subjetiva, dependendo da prova da culpa do ofensor, tal juízo centra-se sobre a conduta adotada, independendo, a rigor, da intenção de quem atinge a honra da vítima.

[12] O caso foi analisado em detalhes na obra de Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 312-318.

No caso concreto, a editora alegou, ainda, que se limitara a exercer seu direito de informação, constitucionalmente assegurado. O argumento foi também rejeitado pelo acórdão, onde se concluiu que, ao tratar da comunicação social, o art. 220 da Constituição ressalva outros valores também protegidos pela Carta Magna, conduzindo o julgador a sopesar os valores em conflito para que nenhum deles reste abandonado.[13]

A ponderação entre a liberdade de imprensa e o direito à honra revela que a importante tarefa de informar não pode ser desvirtuada em sua função genuína, para albergar a publicação de manifestações pejorativas sobre qualquer pessoa, sem a existência de dados objetivos cuja transmissão possa assumir interesse informativo para o público daquele veículo de comunicação. Aqui, como em outros campos, o direito de informar não pode servir de carta branca para estampar declarações de qualquer tipo, sem uma responsável ponderação entre o interesse social na difusão daquela afirmação e o impacto negativo que pode produzir sobre a honra das pessoas.

7 Dano à honra e sua quantificação

O caso Mayrink Veiga tornou-se emblemático também pelos critérios empregados no cálculo da indenização devida em virtude do dano à honra. O problema sempre dramático de reduzir o dano à honra a um valor monetário foi enfrentado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com base em critérios bastante específicos. Embora tendo como ponto de partida a tarifação abstrata que a jurisprudência nacional segue habitualmente, a corte se mostrou atenta às peculiaridades do caso concreto e à personalidade da vítima, em particular, à sua condição de pessoa notória e de mulher, especialmente vulnerável a certas expressões empregadas na publicação.

Confira-se a solução alcançada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

> "Partindo-se da verba de cem salários-mínimos – que é o paradigma para a reparação do dano moral decorrente da injusta anotação do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes –, é a mesma majorada em face dos seguintes elementos colhidos nos autos: mais cem salários-mínimos pela relevância de ser o entrevistado pessoa de reconhecido destaque social como Carlos Heitor Cony; outros cem salários-mínimos porque a pessoa atingida é pessoa de notoriedade pública, no caso, Carmen Mayrink Veiga; outros cem salários-mínimos pela utilização de expressões como *perua*, *feia* e *monstruosa*, de maior densidade de dano quando

[13] TJRJ, Apelação Cível nº 1998.001.14922, Des. Relator Nagib Slaibi Filho, 9.3.1999, disponível também no *site* do relator: <www.nagib.net>.

> dirigida a pessoa do sexo feminino e da faixa etária da ofendida; e outros cem salários-mínimos pela importância que tem a revista *Playboy*, editada pela recorrida, no contexto atual da comunicação social do País."

Como se vê, a quantificação do dano à honra foi realizada de modo criterioso, à luz das características da pessoa ofendida, como propõe a melhor doutrina.[14] Além disso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu "o pedido de publicação de notícia desta condenação, cujo texto não excederá a extensão do trecho da entrevista em comento, a ser apreciado em liquidação do julgado pelo Juízo originário, que também arbitrará o veículo e o modo da divulgação, bem como a cominação pelo eventual descumprimento da obrigação de fazer".

A publicação da notícia de condenação é forma importante de compensação não pecuniária da lesão à honra, assim entendida aquela que transcende o simples remédio monetário, em busca de uma solução mais efetiva para aplacar o dano causado à reputação da pessoa. É o tema que se passa a examinar.

8 Compensação não pecuniária do dano à honra

Como já se viu no capítulo sobre os direitos da personalidade em geral, a sua tutela específica deve ser admitida em nosso ordenamento jurídico. O magistrado tem o dever de adotar todas as medidas que possam auxiliar na restituição da vítima, o quanto possível, à sua situação original. Nesse sentido, para além da indenização pecuniária, pode o magistrado valer-se de meios não pecuniários para alcançar a mais ampla compensação do dano moral sofrido. No campo dos danos à honra, há diversos instrumentos que podem ser empregados para reparar o abalo à reputação da vítima no meio social.

Em primeiro lugar, merece menção a divulgação de decisões condenatórias. A medida encontrava expressa disciplina no *caput* do art. 75 da Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 9.2.1967), segundo o qual "a publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada". O remédio teve ampla aplicação na jurisprudência, para abranger também outros meios de difusão, como se pode ver, a título ilustrativo, de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no qual se considerou que, tendo as reportagens ofensivas sido

---

[14] "Cada perda e cada dano deverão ser avaliados separadamente, valorizados em relação à pessoa da vítima (pessoalmente, quase se poderia dizer), de modo que de nada servirá produzir uma tabela, por assim dizer fixa, do que hoje se procura não chamar de 'preço da dor'" (Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 310).

veiculadas "em *site* mantido pela editora ré na Internet", afigurava-se "pertinente a condenação imposta pelo acórdão *a quo* de divulgação da decisão judicial reparatória no mesmo local".[15]

O Supremo Tribunal Federal acabou considerando não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei de Imprensa.[16] Mesmo assim, o entendimento não afasta a possibilidade de condenação do réu à publicação da decisão judicial, que deriva, a rigor, não de um dispositivo legal específico, mas da tutela constitucional da honra e da irrestrita reparabilidade do dano moral (Constituição, art. 5º, incisos X e V). Registre-se apenas que melhor que a publicação da íntegra da decisão judicial é a publicação de um extrato de suas principais conclusões, redigido em linguagem simples e de modo a elucidar os fatos para qualquer leitor, sem o vocabulário técnico-jurídico que torna, muitas vezes, hermético o seu conteúdo. Nesses termos, a publicação é medida extremamente salutar, capaz de compensar de modo bastante efetivo o abalo reputacional sofrido pela vítima.

Também é possível, mesmo em conflitos que não envolvam entidade jornalística, impor ao ofensor o dever de afixar no local do dano ou de fazer publicar em jornal de grande circulação uma retratação pública pela lesão causada. Foi o que ocorreu em caso concreto envolvendo a interceptação e revista abrupta da bolsa de certa cliente na saída de estabelecimento comercial de empresa, que acabou condenada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a "pagar à autora R$ 7.000,00 (sete mil reais) e a publicar em jornal de circulação nota de reconhecimento da abordagem injusta".[17]

Outro instrumento importante é o direito de resposta, que consiste na faculdade de replicar ou retificar matéria publicada. O próprio Supremo Tribunal Federal, na decisão que fulminou a Lei de Imprensa, ressalvou o direito de resposta, derivado do art. 5º, V, da Constituição da República, norma "de eficácia plena e aplicabilidade imediata". À resposta deve se dar, no mínimo, a mesma visibilidade e destaque da matéria difamatória, repelindo-se com veemência a técnica maliciosa de errar em letras garrafais e corrigir em notas miúdas.

As formas não patrimoniais de compensação do dano à honra, aqui mencionadas, não são taxativas, cabendo à doutrina e aos tribunais desenvolver novos caminhos para a reparação integral da vítima. A via assume importância redobrada no cenário jurisprudencial brasileiro, em que o Superior Tribunal de Justiça tem reformado acórdãos dos tribunais estaduais para adequar o valor das indenizações monetárias por dano moral a patamares genéricos, que têm se revelado muito baixos e incapazes de desestimular abusos em massa. A insuficiência da quantia

---

[15] STJ, Recurso Especial 957.343/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., 18.3.2008.

[16] STF, ADPF 130-7, Rel. Min. Ayres Britto, 30.4.2009.

[17] TJRJ, Apelação Cível 2004.001.08323, 18.5.2004.

é, não raro, sentida pela vítima como nova afronta à sua dignidade, corroborada pela postura "comercial" muitas vezes adotada, mesmo em salas de audiência, por ofensores habituais e seus prepostos. Daí a conveniência de aduzir ao pagamento medidas de retratação e de publicidade da reparação, que efetivamente compensem o desvalor moral sofrido pela vítima.

9 Violação da honra pela divulgação de fatos falsos

A ofensa à honra é evidente quando se atribui a certa pessoa fato falso. Nesse sentido, por exemplo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que faz jus à compensação por dano à honra o "político de grande destaque nacional que, durante CPI, relacionada a atos praticados durante sua administração, é acusado de manter relação extraconjugal com adolescente, da qual teria resultado uma gravidez", se a paternidade vem a ser desmentida posteriormente pelo exame de DNA.

Entendeu a corte que, embora exista "interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo", não há dúvida de que faz jus ao ressarcimento por violação à honra a pessoa que é vítima de "alegação comprovadamente falsa, ou seja, de uma mentira perpetrada pelo réu, consubstanciada na atribuição errônea de paternidade – erro esse comprovado em ação declaratória já transitada em julgado. Nesse contexto, não é possível aceitar-se a aplicação da tese segundo a qual as figuras públicas devem suportar, como ônus de seu próprio sucesso, a divulgação de dados íntimos, já que o ponto central da controvérsia reside na falsidade das acusações e não na relação destas com o direito à intimidade do autor".[18]

Não se deve, contudo, imaginar que a honra somente pode ser atingida pela divulgação de fatos que não se afigurem verdadeiros. Embora, no campo penal, admita-se, em algumas hipóteses, a *exceptio veritatis* (exceção da verdade),[19] como meio de exclusão da responsabilidade, o mesmo não ocorre no campo civil, onde a difusão da verdade pode gerar responsabilidade, dependendo do contexto e do modo como vem apresentada. É corriqueiro o exemplo de notícias que, embora combinando fatos verdadeiros, induzem o leitor a uma falsa percepção da realidade. A própria forma visual de apresentação da notícia verdadeira pode trazer injustificada ameaça à reputação social da pessoa envolvida.

---

[18] STJ, Recurso Especial 1.025.047/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 26.6.2008.

[19] É o que ocorre, por exemplo, em relação ao crime de calúnia (Código Penal, art. 138, § 3º).

10 Violação da honra pela divulgação de fatos verdadeiros: a construção da notícia

Caso emblemático foi o da editora jornalística que veiculou em página de jornal a foto de um homem, sob a manchete "Mulher disputa amor à bala e mata rival". Embaixo da foto do retratado lia-se, em letras menores, a seguinte afirmativa: "Violência voltou a imperar na Rua Duque de Caxias, atrás do prédio da Delegacia de Cabo Frio." O fato retratado pela divulgação da imagem (a presença do sujeito naquela rua) era obviamente verdadeiro, sendo certo que a mesma foto já havia sido utilizada pelo jornal meses antes, sem qualquer impugnação, para dar notícia de um incêndio ocorrido naquela rua, evento que, aí sim, guardava relação com o fotografado. Todavia, a nova veiculação da foto em notícia atinente a disputa amorosa causou dano à honra do retratado e de sua mulher, já que, conforme registrou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, "quem vê a foto e lê o texto abaixo, naturalmente, a relaciona com a nota divulgada que fala da disputa de duas mulheres a bala, sendo a figura do apelado, à primeira vista, o pivô da referida disputa".[20]

Em outras palavras, o fato real não pode ser divulgado em conexão com manchete que diz respeito a outro fato, também real, mas que nenhuma relação guarda com o primeiro. À imprensa compete evitar o risco de uma indevida associação, que possa gerar ameaça à reputação do retratado. Como afirmou a corte no caso examinado: "Ninguém nega o direito da imprensa de divulgar os fatos criminosos, mas deve fazê-lo, com cuidado, de forma a não induzir, pelas suas manchetes, um terceiro fato que nada tem a ver com a imagem do apelado".

A apresentação visual da notícia não pode deixar de ter como escopo último a clareza na retratação dos fatos, evitando-se, a todo custo, a associação indevida entre manchetes, títulos, fotos, boxes e outros elementos que compõem o complexo conjunto de técnicas voltadas à elaboração de jornais, noticiários eletrônicos e programas televisivos. Do mesmo modo, a reutilização de imagens de arquivo, procedimento nada incomum no acelerado cotidiano da produção da notícia, não pode conduzir à apresentação de fato verdadeiro *fora de seu contexto*, devendo o jornalista, em tal hipótese, empregar redobrada cautela na proteção à honra e à identidade pessoal dos retratados.[21]

A natureza verídica do fato retratado não constitui, em suma, carta branca para sua difusão, nem isenta o jurista do controle de legitimidade do modo de divulgação da verdade. De fato, cumpre examinar, mesmo em se tratando de fato verídico, se foram adotadas as medidas necessárias a proteger a reputação do envolvido, sem exageros e ilações voltadas, exclusivamente, à artificial produção de escândalos

---

[20] TJRJ, Apelação Cível 2006.001.66203, Rel. Des. Antonio Carlos Nascimento Amado, 14.3.2007.

[21] O direito à identidade pessoal será objeto de capítulo próprio.

ou "furos" de reportagem. Somente assim se terá a garantia de que a liberdade de informação limitou-se ao seu escopo legítimo, sem intervir indevidamente na esfera de proteção à honra da pessoa humana.

11 Suspeitas de prática criminosa

Tema espinhoso no confronto entre a liberdade de informação e o direito à honra diz respeito à divulgação de notícia que identifica suspeitos de prática criminosa. Se, de um lado, é evidente que a mera acusação de certa pessoa já pode consistir em fato de relevante interesse da sociedade, de outro, afigura-se incontestável a tendência do público em confundir a mera suspeita com a própria comprovação do fato, ferindo, de modo irrecuperável, a reputação do acusado.

Aqui, mais uma vez, a colisão entre o direito à honra e a liberdade de informação deve se resolver à luz das circunstâncias concretas, observando-se, especialmente, os cuidados empregados na veiculação da notícia. A matéria jornalística deve destacar o fato de se tratar de mera suspeita, ouvindo, sempre que possível, o acusado. Deve, ainda, colher depoimentos de autoridades públicas (delegados, promotores, defensores), a fim de transmitir ao público o retrato mais fidedigno possível da situação jurídica relatada.

Tais critérios têm sido observados pelo Superior Tribunal de Justiça, como revela a seguinte passagem da lavra da Ministra Nancy Andrighi:

> "O veículo de comunicação exime-se de culpa quando busca fontes fidedignas, quando exerce atividade investigativa, ouve as diversas partes interessadas e afasta quaisquer dúvidas sérias quanto à veracidade do que divulgará."[22]

Em tal julgamento, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que "o processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial". Ainda assim, afirmou que compete à imprensa cercar-se das cautelas necessárias:

> "A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de integrar organização criminosa. Para sustentar tal afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: (i) a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia crime; (ii) a opinião de um Procurador da República. O repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência

[22] STJ, Recurso Especial 984.803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, 26.5.2009.

> de engenho fraudatório. Houve busca e apreensão em empresa do recorrido e daí infere-se que, aos olhos da autoridade judicial que determinou tal medida, havia fumaça do bom direito a justificá-la. Ademais, a reportagem procurou ouvir o recorrido, levando ao ar a palavra de seu advogado. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em cadeia nacional."

Paradigmático exemplo de aplicação da técnica de ponderação entre o direito à honra e a liberdade de informação, o citado acórdão aponta, com clareza, os critérios que devem ser observados na solução de conflitos decorrentes de divulgação de suspeitas de prática criminosa: (i) destaque para a qualificação do retratado como mero suspeito ou acusado; (ii) consulta a fontes fidedignas; (iii) apresentação dos indícios recolhidos; e (iv) oitiva do suspeito e do seu advogado.

Observados esses parâmetros, a posterior frustração da ação penal ou mesmo a constatação da inocência do acusado não podem resultar em responsabilidade da entidade jornalística, que se limita a dar notícia da suspeita ou acusação à época existente. Foi o que concluiu, naquela mesma ocasião, o Superior Tribunal de Justiça: "A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado se altere. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, se mostre improcedente."

É recomendável, todavia, que a entidade jornalística, que considerou a suspeita relevante o bastante para publicá-la, tenha o cuidado de noticiar também a eventual absolvição em processo criminal ou arquivamento do inquérito policial, quando tais fatos vierem a ocorrer, evitando que o público permaneça apenas parcialmente informado acerca do desfecho da suspeita criminosa, que representa ônus imenso sobre a honra da pessoa inocente.

12 Honra e ficção: o caso *Tropa de Elite*

Vencedor do Urso de Ouro de melhor filme no Festival de Berlim e de nove categorias no Grande Prêmio do Cinema Brasileiro, o filme *Tropa de Elite*, dirigido por José Padilha, gerou intensa polêmica antes mesmo do seu lançamento oficial, em 2007. O vazamento de cópias "piratas" do filme, meses antes da estreia, chegou a ser objeto de pesquisa do Ibope, que estimou em mais de 11 milhões de brasileiros o número de espectadores que já tinham assistido à obra.[23]

---

[23] Ver a matéria de Isabela Boscov, *Recorde de Contravenção*, *Revista Veja*, São Paulo, edição de 17.10.2007, p. 86.

O lançamento esteve ameaçado, ainda, por ação cautelar promovida por policiais militares, em sua maioria integrantes do BOPE, que pretendiam obter a suspensão liminar da veiculação, comercialização e exibição do filme. Argumentavam que a obra violava sua honra, sua dignidade e trazia até mesmo risco à sua integridade física. A medida liminar foi indeferida pela juíza Flávia Viveiros de Castro em decisão que destacou o caráter ficcional do filme, importante critério para a aferição da efetiva violação à honra:

> "Recorde-se que se trata de peça de ficção, por mais que no início apareça referência de que a mesma estaria baseada em relatos verídicos. No entanto, os fatos, ao se traduzirem em palavras, recebem sempre uma versão. Será fidedigna? Será falaciosa? Será hiperbólica? Cada espectador que julgue por si. Certamente a prática profissional dos autores, se incongruente com o que o filme retrata, demonstrará que ele não passa de peça de (má) ficção. Caso contrário, estar-se-á presente a uma dramatização contundente da realidade."[24]

Ao contrário de reportagens ou documentários, que o público presume retratarem imparcialmente a realidade, a obra ficcional destina-se a ser recebida como produto da visão do seu autor. Tal circunstância desempenha importante papel na avaliação de alegações de violação à honra, que não devem impedir que certa pessoa transmita a sua própria visão dos fenômenos sociais e das instituições públicas, como fruto do legítimo exercício de outro direito constitucional: a liberdade de expressão intelectual e artística.

> "Art. 5º [...]
>
> IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença."

No campo da ficção, o direito à honra não pode ser invocado como instrumento de seleção das obras que vêm a público. O Poder Judiciário não desempenha esse papel. A filtragem do que é boa ou má ficção deve ser exercida pela própria sociedade civil. É certo que ninguém pode, a pretexto de fazer ficção, humilhar pessoa real, porque aí se descaracterizaria a própria natureza ficcional da obra. Em se tratando, todavia, de personagens fictícios, ainda que inspirados na realidade social, a violação à honra não pode ser invocada como instrumento de censura, expressamente vedada pelo texto constitucional. Não configurada, em termos bastante precisos e claros para o público, a violação à honra de determinada pessoa humana, não se devem acolher pedidos voltados a impedir a livre veiculação de obras ficcionais.

---

[24] TJRJ, 1ª Vara Cível, Processo 2007.001.146746-3, 12.9.2007.

13 Direito de sátira e o caso do Castelo de Itaipava

Problema mais divertido, mas não menos tormentoso, se tem no tocante ao conflito entre o chamado direito de sátira e o direito à honra. Como manifestação legítima da liberdade de expressão artística e intelectual, o direito de sátira merece também tutela constitucional. Não é raro, contudo, que seu exercício acabe suscitando alegações de violação à honra de quem é invocado para fazer rir.

Tome-se, como exemplo emblemático, o caso do Castelo de Itaipava, bela construção erguida pelo Barão Smith de Vasconcellos na cidade fluminense de mesmo nome, e herdado por seus familiares. Em nítida galhofa com a revista *Caras*, que se utiliza de um castelo para divulgação do estilo de vida das celebridades, a revista humorística *Bundas* elegeu o Castelo de Itaipava como "Castelo de *Bundas*". A reportagem cômica informou, ainda, que a escolha daquele castelo era muito oportuna, já que o referido Barão teria feito sua fortuna com os lucros advindos de uma fábrica de papel higiênico. Na sequência, "alegando apenas repetir uma piada recorrente à época da construção do castelo", a revista atribuiu-lhe o título de "o Barão da Merda".[25]

Herdeiros do Barão promoveram ação de indenização por danos morais em face da Editora Pererê, responsável pela veiculação da revista que teria, na aludida matéria, exposto ao ridículo o nome do falecido e de sua família. A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido, ao argumento de que é "inadmissível impedir a ironia, a piada, a galhofa, o *animus jocandi*, próprio da criação artística, com o intuito apenas de fazer rir e não denegrir, desmoralizar, desacreditar ou conspurcar a imagem de quem quer que seja". A decisão foi mantida em segundo grau, acrescentando-se que "não se deve restringir a criação artística ou desestimular os grandes humoristas intelectuais". O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, onde dividiu opiniões.

Vitorioso, por maioria, foi o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, que, confirmando as decisões anteriores, considerou inexistir dano à honra naquele caso concreto. Ponderou que, "para o deslinde da questão, é preciso analisar não só a expressão apontada como injuriosa, e sim esta em conjunto com a integralidade do texto e com o estilo do periódico que o veiculou. Nesse aspecto, nota-se que o meio de comunicação é explicitamente satírico, o que se evidencia – se não por menos – pela proposta editorial calcada na possibilidade de fazer rir a partir da comparação com outra revista de grande circulação, cujo mote é publicizar a vida íntima daquilo que se convencionou chamar de celebridades".

Analisando a galhofa em si, acrescentou a Ministra Relatora:

---

[25] Trechos extraídos do relatório da Min. Nancy Andrighi, no julgamento do caso perante o Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 736.015/RJ, 16.6.2005).

> "é essencial notar que o castelo construído pelo antepassado das recorrentes foi, apenas, o *instrumento* da piada e não o alvo final da ridicularização, porquanto a comparação visa demonstrar o quão risível é – na visão dos articulistas – *a proposta editorial* da outra revista. Isso porque, do teor completo da reportagem, percebe-se ironia não só no epíteto concedido ao Barão, mas também no excesso de elogios destinados à construção, especialmente quando esta é comparada com outras presentes na mesma região; o humor praticado, especialmente quando *elogia para criticar*, só pode ser visto como destinado a apontar as incongruências de um estilo de vida que não se refere, de modo algum, ao Barão Smith de Vasconcellos, mas a pessoas outras, que 'dão as caras' – para usar de um trocadilho elucidativo – no magazine que é, efetivamente, o alvo explícito da pilhéria".[26]

O voto vencedor fundou-se, ainda, na inexistência de contestação dos herdeiros do barão em relação à origem histórica da alcunha divulgada na matéria. Mencionou, nesse sentido, carta enviada por eles à revista na qual "admitem os fatos narrados, em especial a propriedade da fábrica de beneficiamento de papéis". A carta foi publicada no número seguinte da revista *Bundas*, com destaque maior do que o oferecido à própria matéria apontada como injuriosa, e precedida do seguinte parágrafo:

> "Tendo em vista que a matéria *O Castelo de Bundas*, veiculada em nosso nº 4, páginas 20 e 21, causou sérios constrangimentos à família Smith de Vasconcellos, passamos a retificar o artigo com a publicação de texto enviado pelas herdeiras do Barão, desde já com as nossas desculpas formais por quaisquer inconvenientes ocasionados por esta Revista."

À luz dessas circunstâncias, concluiu o voto vencedor que "nada houve para além de uma crítica genérica de costumes pela reportagem; não houve um ataque pessoal à memória do Barão, porquanto a expressão tida por injuriosa pertence ao domínio público e foi utilizada em sentido meramente alegórico, em total coerência com as finalidades da publicação".

Divergindo do entendimento majoritário, o Ministro Castro Filho redigiu voto vencido. Nele, afirma ser a sátira, a piada, a galhofa "até aceitável, quando se trata de ironia fina, elegante, como sabem fazer muitos de nossos artistas e escritores, aí se incluindo o próprio Ziraldo, ao que parece, fundador da Revista e, de início, um dos réus na demanda. O que se não pode permitir, por ser intolerável, é o humorismo deselegante, ofensivo e vulgarizante que, mesmo não atentando contra a honra, diretamente, ofende a dignidade das pessoas, causando constrangimento, sofrimento e dor".

---

[26] STJ, Recurso Especial 736.015/RJ, Min. Nancy Andrighi, 16.6.2005.

Enfrentando o caso concreto, prosseguiu o Ministro Castro Filho:

> "É, a meu sentir, com a devida vênia da douta relatora, o que ocorre no caso em apreciação: partindo-se de uma atividade lícita de pessoa honrada – o Barão Jayme Luiz Smith de Vasconcelos – que era fabricante de papel, inclusive higiênico, cognominá-lo, por isso, de 'Barão da Merda' e, numa associação de ideias, apelidar seu imponente castelo de 'Castelo de Bundas'. [...] No que concerne, entretanto, à existência de dano moral, a meu sentir, não resta a menor dúvida. A reportagem, com a foto, ainda que não alcunhasse o Barão como o fez, já ensejaria reparação, por ofensa à memória do construtor da obra e ao passado de sua família. Mas o pior é que, mesmo que não tenha havido a intenção de denegrir a publicação, com a deturpação do título de nobresa do Barão, numa revista com tiragem de 160.000 exemplares e circulação em todo o Brasil, representa submeter a família a ridículo em âmbito nacional."[27]

O confronto entre o direito de sátira e a tutela da honra é realmente delicado. Por um lado, é evidente a necessidade de proteção à reputação da pessoa, que não pode sofrer arrefecimento pelo simples intuito humorístico de quem publica um texto, uma caricatura ou uma fotomontagem. Por outro lado, a sátira representa manifestação da liberdade artística e intelectual, também tutelada constitucionalmente, e calcada, por definição, no brincar com costumes sociais, valendo-se, com frequência, de certa abordagem jocosa dos fatos públicos e das pessoas notórias. Somente a ponderação entre esses dois interesses igualmente protegidos pode conduzir a uma solução justa para o caso concreto. Significa dizer que a solução não está na prevalência abstrata de um interesse sobre outro, mas no sopesamento entre eles diante das circunstâncias específicas do caso concreto.

Da hipótese relatada é possível extrair alguns parâmetros para essa difícil ponderação. Independentemente do seu desfecho, a discussão instaurada no Superior Tribunal de Justiça em torno do caso do Castelo de Itaipava aponta diversas circunstâncias fáticas que a corte considerou relevantes para a ponderação entre o direito de sátira e o direito à honra. De modo didático, passa-se a listá-las:

(i) a finalidade do periódico: a finalidade exclusivamente satírica do periódico em que é veiculada a matéria atenua o impacto sobre a reputação dos retratados, vez que seu público não tende a assumir como verídicos os fatos ali narrados. Diversamente, a publicação satírica camuflada entre outras reportagens, de cunho exclusivamente jornalístico, apresenta maior potencial lesivo à honra dos retratados porque não possui a evidente falta de seriedade que já é pressuposta pelo público na primeira hipótese;

---

[27] STJ, Recurso Especial 736.015/RJ, 16.6.2005, voto-vencido do Min. Castro Filho.

(ii) a veracidade ou não do fato satirizado: a peça humorística que se vale de fato verdadeiro, que encontra fundamento na história ou na cultura popular, não sendo contestado pelo próprio retratado, possui, mesmo com os exageros inerentes à sátira, maior grau de merecimento de tutela, como expressão da liberdade intelectual e da liberdade de informação, que a matéria calcada em fato falso, inventado para fazer rir;

(iii) o propósito da sátira: a peça humorística em que a sátira do retratado é mero instrumento para a crítica a algo diverso possui menor potencial ofensivo da honra que a matéria cujo fim é exclusivamente o de criticar ou diminuir o próprio retratado;

(iv) a divulgação da resposta do retratado: se o mesmo veículo divulga, com destaque igual ou maior, a resposta do retratado ou de seus familiares à peça satírica atenua com isso o potencial lesivo sobre a honra do satirizado. Também deve ser levada em conta a prontidão na divulgação acima mencionada, de modo a evitar o longo transcurso de tempo entre a sátira e a resposta daquele que se sente ofendido pela galhofa.

Há, ainda, quem sustente a necessidade de se adentrarem os termos da matéria veiculada, avaliando a "qualidade" do humor empregado, de modo a distinguir, nas palavras do voto vencido, a "ironia fina, elegante" do "humorismo deselegante, ofensivo e vulgarizante". Aqui, é de se tomar algum cuidado, pois, se é certo que a honra da pessoa retratada será lesada de modo mais intenso por termos de maior significado ofensivo, não se pode correr o risco de transformar o Poder Judiciário em órgão de avaliação do humor nacional. Daí ter ressaltado, em importante passagem, a Ministra Nancy Andrighi:

> "A questão paralela posta pelas recorrentes, a respeito do 'nível' do humor praticado pelo periódico – apontado como 'chulo' – não é tema a ser debatido pelo Judiciário, uma vez que não cabe a este órgão estender-se em análises críticas sobre o talento dos humoristas envolvidos; a prestação jurisdicional deve se limitar a dizer se houve ou não ofensa a direitos morais das pessoas envolvidas pela publicação. Não cabe ao STJ, portanto, dizer se o humor é 'inteligente' ou 'popular'. Tal classificação é, *de per si*, odiosa, porquanto discrimina a atividade humorística não com base nela mesma, mas em função do público que a consome, levando a crer que todos os produtos culturais destinados à parcela menos culta da população são, necessariamente, pejorativos, vulgares, abjetos, se analisados por pessoas de formação intelectual 'superior'".

O conteúdo da peça cômica deve, por certo, ser analisado para se aferir o grau de ameaça à honra do retratado, mas a linguagem dita "popular", com termos pertencentes muitas vezes ao cotidiano da maior parte da população, não pode ser tratada como elemento caracterizador de ofensa à reputação, simplesmente porque

"inadequada" sob a ótica cultural do magistrado ou da própria pessoa retratada. A "qualidade" do humor é questão que passa ao largo da ponderação entre direito de sátira e direito à honra, não devendo o Poder Judiciário encastelar-se, com o perdão do trocadilho, na sua concepção própria de comédia. Deve, ao contrário, reconhecer a importância do pluralismo inerente à rica e variada cultura brasileira, que tem no humor um de seus traços mais marcantes.

Faltou essa sensibilidade ao Tribunal Superior Eleitoral, quando, em 2009, publicou a censurável Resolução 23.191.

14 Humor sem censura

Aprovada em 23 de dezembro de 2009, a Resolução 23.191 do Tribunal Superior Eleitoral instaurou intensa polêmica no meio artístico. Em seu art. 28, a Resolução determina:

> "Art. 28. A partir de 1º de julho de 2010, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário:
>
> [...]
>
> II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido político ou coligação, bem como produzir ou veicular programa com esse efeito."

A proibição já constava, em termos muito semelhantes, do art. 45 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, mas, na prática, nunca tinha sido aplicada. Sua incorporação à referida Resolução do TSE deu novo fôlego à vedação e acabou por deflagrar diversos conflitos entre comediantes e alguns partidos políticos interessados em reprimir a sátira durante as eleições de 2010. O dispositivo foi invocado para evitar a transmissão de quadros satíricos em programas de rádio e TV, privando os humoristas de trabalharem com o assunto de principal interesse do público naquela época.

Provenha da lei ou da resolução, a restrição é claramente inconstitucional. O humor consiste em legítima manifestação da liberdade de expressão artística e intelectual, consagrada no já citado art. 5º, inciso IX, da Constituição. Atende, ainda, ao interesse coletivo por constituir instrumento importante de fomento à visão crítica, necessária à consolidação do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a restrição à sátira política só poderia decorrer de razões constitucionais, que se mostrassem prevalentes em determinado caso concreto, como, por exemplo, diante da específica e comparada violação à honra de certo candidato. Já uma vedação ampla e abstrata à produção satírica durante o período eleitoral revela-se

juridicamente insustentável. Trata-se de medida inadequada e desproporcional, que não poderia ser implementada nem pela lei ordinária, nem por resolução do Tribunal Superior Eleitoral.

A lamentável restrição deu ensejo ao movimento "Humor sem Censura", que reuniu mais de 500 pessoas em passeata na Praia de Copacabana. Debaixo de sol forte, concorrendo com um clássico no Maracanã, diversos comediantes carregaram faixas de protesto em um esforço que não foi brincadeira. Passadas as eleições, tornou-se dever do povo cobrar dos novos governantes e parlamentares uma séria mudança de postura em relação ao direito de sátira.

15 Assédio moral e a violação à honra no ambiente de trabalho

Hipótese lesiva que vem ganhando cada vez maior expressão nas cortes trabalhistas é a do assédio moral, também conhecido como *mobbing*. Trata-se da continuada exposição do trabalhador a situações humilhantes ou constrangedoras no seu ambiente de trabalho. A doutrina especializada registra que, para a caracterização do assédio moral, o abuso deve ser marcado pela "repetição ou sistematização" de modo a revelar uma perseguição psicológica que atente contra a dignidade do trabalhador.[28]

A repressão ao assédio moral já foi objeto de iniciativas valorosas em setores específicos, como a Lei 3.912/2002, do Estado do Rio de Janeiro, que veda o assédio moral no âmbito da Administração Pública Estadual. Sem embargo dessas medidas, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não dispõe de uma lei voltada a coibir a perseguição no ambiente de trabalho, de modo geral. Tal diploma legislativo ajudaria a identificar hipóteses mais frequentes de assédio moral e a regular, de modo mais consistente, os seus pressupostos e efeitos. Sua repressão, contudo, independe da atuação do legislador ordinário. A doutrina reconhece que a proteção contra o assédio moral encontra fundamento direto "no princípio da dignidade humana" (CF/88, art. 1º, III) e na tutela constitucional "do direito à honra" (CF, art. 5º, X) e do "direito à saúde" (CF, art. 6º).[29]

De fato, embora possa ser caracterizado como lesão a um interesse que merece proteção autônoma (o bem-estar no trabalho), ou ainda como lesão a outros atributos da personalidade (especialmente, a integridade psíquica), não resta dúvida de que o assédio moral abrange, em sua variada casuística, inúmeras hipóteses que

[28] Marie-France Hirigoyen, *Assédio Moral: A Violência Perversa no Cotidiano*, 5. ed., Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 17.

[29] Roland Hasson, *Proteção aos Direitos da Personalidade – Assédio Moral*, *Revista LTr*, v. 72, nº 11, 2008, p. 1357.

configuram violação à honra da vítima num ambiente especial, onde sua reputação (honra objetiva) e o sentimento que guarda de si própria (honra subjetiva) exercem grande influência: o seu ambiente de trabalho.

Tome-se como exemplo o caso de certa companhia em que "os vendedores que não atingiam suas metas eram obrigados a pagar flexões, correr em volta de uma praça pública e usar um certo 'capacete de morcego', diante dos colegas e das pessoas que estivessem na praça no momento"; ou a situação do gerente de agência bancária "que, utilizando-se de um chicote, cobrava a produção dos empregados"; ou, ainda, o caso do empregador que "aplicava castigos vexatórios semelhantes, submetendo seus empregados a constrangimentos como desfilar de saia rodada, perucas e batom diante dos colegas e mesmo de visitantes".[30] Em casos assim, não há dúvida de que a vítima faz jus à reparação pelo dano moral sofrido, quer por meio da atribuição de indenização pecuniária, quer por meio da condenação do empregador a se retratar publicamente, afixando pedidos de desculpas no próprio local de trabalho.

Para além das humilhações mais visíveis, o assédio moral pode manifestar-se também de modo mais sutil, como na sistemática atribuição de tarefas "menores" ou na repetição diária de piadas e galhofas que minam a autoestima do empregado. A melhor doutrina trabalhista destaca que, embora a fonte do assédio moral seja normalmente um superior hierárquico (assédio moral vertical), nada impede que tenha origem em colegas de trabalho ou companheiros de equipe (assédio moral horizontal), registrando, contudo, que, "não raro, o assédio moral na forma horizontal tem origem vertical, isto é, o panorama desfavorável se descortina a partir de um superior hierárquico que, com sugestões sutis ou mensagens quase subliminares, surge como eminência parda de todo este processo".[31]

O assédio moral pode assumir, ainda, conotação coletiva, quando não se dirige a um ou alguns empregados em particular, mas configura verdadeira prática empresarial, voltada a aumentar os níveis de produtividade. Tais situações podem ensejar ações judiciais coletivas como aquela que foi movida pelo Ministério Público do Trabalho no Rio Grande do Norte contra certa companhia de bebidas, que constrangia os empregados que não atingiam cotas de vendas estabelecidas pela empresa a "dançar na 'boquinha da garrafa', assistir a reuniões em pé, desenhar caricaturas num quadro, fantasiar-se e submeter-se a outras 'prendas'". A sentença, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, condenou a companhia de bebidas a arcar com indenização de um milhão de reais.[32]

---

[30] São apenas alguns dos casos relatados pelo Superior Tribunal do Trabalho. *Matéria Especial: Assédio Moral na Justiça do Trabalho*, 1º.2.2007, disponível em: <www.tst.gov.br>.

[31] Roland Hasson, *Proteção aos Direitos da Personalidade – Assédio Moral*, cit., p. 1356.

[32] TRT-21ª Região, Recurso Ordinário 1034-2005-001-21-00-6, Juíza Relatora Joseane Dantas dos Santos, 15.8.2006. Para mais detalhes sobre esse e outros casos, ver Adriane Reis de Araújo, *Assédio Moral Coletivo*, *Revista de Direito Público da Economia*, v. 5, nº 17, 2007, p. 213.

Além do assédio moral vertical, horizontal e coletivo, a doutrina fala, ainda, em assédio moral omissivo, assim entendido aquele que decorre da silenciosa recusa em atribuir ao empregado qualquer tarefa, deixando-o à margem do que acontece no ambiente de trabalho. Como destaca a jurisprudência trabalhista, "a tortura psicológica, destinada a golpear a autoestima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que mina a saúde física e mental da vítima e corrói a sua autoestima".[33]

Em qualquer de suas modalidades, a prática do assédio moral exige uma atuação diligente dos órgãos de fiscalização do trabalho e da jurisprudência. O temor de rompimento do vínculo empregatício dificulta a denúncia por parte da vítima e, quase sempre, impede o testemunho de colegas de trabalho. Daí deriva uma dificuldade imensa para o juiz que, se não pode deixar de reprimir o assédio moral, tampouco pode ceder à tentação de isolar o fato do seu contexto originário, examinando-o à luz dos padrões comportamentais inerentes aos meios frequentados pelo próprio magistrado. Apelidos, prendas, brincadeiras naturais em certos ambientes podem assumir conotação bem menos tolerável se isoladas das circunstâncias que as autorizam ou transportadas para realidades mais solenes. Seja como for, a honra do empregado deve ser protegida ao máximo, evitando-se que a subordinação profissional transcenda os limites do trabalho para subjugar a pessoa em suas manifestações existenciais.

16 A "honra" da pessoa jurídica

Em passagem pouco feliz, o art. 52 do Código Civil manda aplicar "às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade". Como já afirmado no primeiro capítulo deste livro, a disposição do art. 52 contraria a origem, a inspiração e a própria definição dos direitos da personalidade, entendidos como atributos essenciais à pessoa humana. Viola, ainda, a primazia que a Constituição brasileira reserva à dignidade humana e aos aspectos existenciais da pessoa, confundindo dois universos inteiramente distintos.[34]

---

[33] TRT-17ª Região, Recurso Ordinário 1315-2000-00-17-00-1, Juíza Relatora Sônia das Dores Dionízio, 20.8.2002.

[34] Gustavo Tepedino, *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade, Temas de Direito Civil*, cit., p. 559-561.

O art. 52 parece ter derivado da necessidade de atribuir fundamento normativo à orientação seguida pela imensa maioria dos tribunais brasileiros no sentido de que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral. De fato, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 1999, já declarava com todas as letras que "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Assim, nossa jurisprudência está repleta de decisões que concedem às pessoas jurídicas indenizações por danos morais derivados da falsificação de seus produtos, da quebra de segredo industrial, da veiculação de matéria jornalística ofensiva ou do protesto indevido de títulos de crédito.[35]

A imensa maioria dos casos assenta na violação à "honra" da pessoa jurídica. As cortes extraem da doutrina penalista a já mencionada distinção entre honra subjetiva e honra objetiva, para concluir que, embora não goze de um sentimento íntimo em relação à sua integridade moral, a pessoa jurídica desfruta, ao menos, de honra objetiva, ou seja, de uma reputação no meio social. No entender dos tribunais, a violação a essa honra objetiva faria com que a pessoa jurídica sofresse um dano moral.

Em que pese a engenhosa construção, parece evidente que o dano sofrido pela pessoa jurídica não guarda semelhança com aquele experimentado pela pessoa humana. A lesão à honra da pessoa humana a atinge em seu núcleo essencial, em sua própria dignidade. A lesão ao bom nome de que goza uma pessoa jurídica produz um impacto totalmente diverso, de natureza claramente econômica. Uma matéria jornalística que critique injustamente as práticas comerciais de uma sociedade empresária afeta não a sua existencialidade, esfera privativa dos seres humanos, mas o seu patrimônio, produzindo uma desvalorização na marca, além de eventual queda nas vendas, nas contratações e nos negócios. Tais danos são, claramente, patrimoniais.

Ocorre, todavia, que, na visão tradicional, o dano patrimonial precisa ser matematicamente demonstrado pela aplicação da teoria da diferença, que impõe a comparação entre o patrimônio do ofendido antes e depois da ofensa. E exigir da pessoa jurídica que comprove matematicamente o efeito negativo da matéria jornalística ofensiva significaria lhe impor prova impossível ou de extrema dificuldade. É praticamente inviável demonstrar de modo matemático o descrédito sofrido pela marca junto ao público consumidor. Embora tal prejuízo seja sem dúvida econômico, provar numericamente o seu *quantum* é quase impossível. Muito mais simples é rotular tal dano como dano moral, abrindo as portas para que o juiz promova a sua quantificação por arbitramento.

Como se vê, a "moralização" dos danos sofridos pela pessoa jurídica não exprime uma opção conceitual refletida da nossa jurisprudência, mas mero expediente

[35] Ver, a título meramente ilustrativo, STJ, Recurso Especial 538.687/RS, 16.12.2003.

prático, destinado a não tornar infrutífero o pleito indenizatório (legítimo) das pessoas jurídicas naquelas situações em que o cálculo matemático do prejuízo se afigura inviável. A postura é compreensível, portanto. Solução melhor, todavia, seria manter tal dano no plano patrimonial, autorizando-se a sua quantificação por arbitramento judicial diante da dificílima demonstração contábil ou pericial do prejuízo.

Tal solução esbarra na visão tradicional das cortes brasileiras, muito apegadas à teoria da diferença para o cálculo do dano patrimonial. Nossa legislação tampouco dispõe de uma autorização expressa para o arbitramento do dano patrimonial, que, embora tecnicamente desnecessária, daria maior segurança aos tribunais para manter o dano ao bom nome da pessoa jurídica no campo econômico.

Solução interessante, contudo, pode ser buscada no art. 953 do Código Civil, que compõe a disciplina da responsabilidade civil. Como já advertido algumas páginas atrás, sua redação é confusa e sua interpretação literal nada acrescentaria ao tecido normativo brasileiro. Uma interpretação inovadora pode, todavia, ser extraída do seu parágrafo único, em que se lê:

> "Art. 953. [...]
>
> Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso."

Seguramente, os autores do anteprojeto não pretenderam aí nada mais que repetir a norma idêntica que já constava do Código Civil de 1916. Naquela codificação, a norma se fazia necessária para autorizar o arbitramento do dano moral, cuja reparação não era admitida em regra. No atual contexto, a norma perde utilidade porque a Constituição já assegura a reparação do dano moral, de modo até mais amplo, independentemente do requisito que dá início ao parágrafo único: "se o ofendido não puder provar prejuízo material...". Assim, o dispositivo não tem aplicação no tocante ao dano moral, mas o intérprete ainda pode lhe atribuir alguma utilidade. Basta enxergar ali uma norma autorizadora do arbitramento do próprio dano patrimonial, quando for inviável ao ofendido demonstrar o prejuízo econômico mediante os métodos habituais de prova (cálculo aritmético, perícia etc.).

Tal interpretação é possível diante da literalidade do dispositivo. Relendo com bons olhos o texto da norma, o leitor encontrará, com alguma boa vontade, a expressa autorização para o arbitramento do dano patrimonial derivado do abalo à reputação. Tal autorização assume especial utilidade em relação às pessoas jurídicas porque permite o arbitramento do dano econômico gerado por matérias jornalísticas falsas, protesto indevido de títulos de crédito e outras condutas lesivas, já agora sem necessidade de se "moralizar" o prejuízo sofrido em seu patrimônio. Em outras palavras: essa nova interpretação proposta para o parágrafo único do

art. 953 permite manter o dano moral no campo da pessoa humana, solucionando os casos que envolvem a pessoa jurídica por meio do arbitramento dos danos patrimoniais de difícil demonstração.

Um observador atento argumentará que a hipótese é, ainda assim, limitada às condutas que ataquem a "honra" da pessoa jurídica, tema de que trata o *caput* do art. 953. É verdade, mas nada impede sua aplicação analógica aos danos derivados de outras condutas que agridam a pessoa jurídica, como a violação de segredo industrial. O parágrafo único do art. 953 deixaria assim a absoluta inutilidade para assumir o papel de norma oxigenadora da quantificação das indenizações, permitindo ao magistrado arbitrar por si mesmo os danos patrimoniais cuja prova numérica se mostrasse extremamente dificultosa.

O passo é largo, mas tecnicamente possível e socialmente necessário. O crescente reconhecimento de novas modalidades de dano patrimonial evidencia a necessidade de se recorrer a métodos mais flexíveis na sua quantificação, como se vê, por exemplo, dos desenvolvimentos mais recentes em torno da chamada "perda de uma chance".[36] Superado o preconceito que exige o cálculo rígido do dano patrimonial, a transposição de certos prejuízos para o campo moral perde razão de ser. Restaura-se a distinção fundamental entre os dois gêneros de dano, preservando-se na esfera do humano o dano moral.

É nítida, de fato, a fronteira entre a violação à honra da pessoa humana e o abalo à reputação de que goza a pessoa jurídica nas suas relações negociais. Não há aqui extensão ou equiparação possível, já que as situações atendem a valores inteiramente distintos à luz da axiologia constitucional. Mesmo as pessoas jurídicas de direito público e as chamadas entidades filantrópicas (sem fins lucrativos) não podem ser equiparadas à pessoa humana em termos de proteção à honra.[37] Quando se afirma que abusos sexuais são cometidos em uma escola não se atinge a "honra" da instituição de ensino, mas sim a atividade desenvolvida, o que, mesmo em se tratando de entidade sem fins lucrativos, gera efeitos patrimoniais, como o cancelamento de matrículas, o descrédito da marca e a dificuldade de contratação de empregados. São prejuízos que, por mais drásticos, têm natureza econômica, ainda que ligados a bens ideais. São prejuízos que nada têm a ver com direitos da personalidade, que são, por definição, privativos do ser humano.

---

[36] A perda da chance pode ter repercussões morais ou patrimoniais. Em ambos os casos, ao juiz compete proceder a um arbitramento do prejuízo sofrido, com base nas chances de sucesso que existiriam caso a oportunidade não tivesse sido perdida. Sobre o tema, ver Anderson Schreiber. A Perda da Chance na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: Ana Frazão e Gustavo Tepedino (Orgs.). *O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: RT, 2011.

[37] Alguns autores falam, nessas hipóteses, em "dano institucional". Consulte-se, por todos, Gustavo Tepedino, *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*, cit., p. 559-561.

Pode ocorrer, isso sim, que o atentado à reputação dessas entidades filantrópicas, diante de certas circunstâncias, implique também, direta ou diretamente, lesão à honra dos seus fundadores, patronos, dirigentes, empregados voluntários e outros indivíduos que a elas se dedicam, atraindo então a tutela dos direitos da personalidade em toda sua força e extensão. Tem-se aí não uma exceção, mas uma clara confirmação da diversidade de tratamento entre a pessoa jurídica e a pessoa humana.

17 Honra "coletiva" e o caso da *Enfermeira do Funk*

"Todo mundo vai querer parar no hospital" foi o mote utilizado pela revista *Playboy* para anunciar que sua edição seguinte traria ensaio fotográfico de Ariane Latuf, então conhecida como *A Enfermeira do Funk*. Vestida com máscara cirúrgica e algumas poucas peças de roupa branca, a atriz vinha apresentando, em programas de TV, uma sensual coreografia que simulava a prestação de assistência a dançarinos caídos no chão, que, representando pacientes, fingiam passar mal. O espetáculo atraiu a atenção do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, que promoveu ação judicial a fim de impedir que Ariane se valesse do título "Enfermeira". Sustentou o Conselho que "a exposição da dançarina com trajes de enfermeira sumários, dançando lascivamente e com apelo erótico compromete e ofende toda a classe dos enfermeiros".[38]

O Poder Judiciário acolheu o pedido formulado na ação, concluindo que o quadro insinuava "aos telespectadores que as enfermeiras são mulheres promíscuas e que se prestam a satisfazer a lascívia dos pacientes sob seus cuidados, o que evidentemente não corresponde à realidade".[39] Afirmou, ainda, que, "ao identificar a personagem com uma profissão e colocá-la com trajes e situações, perante a mídia e o público em geral, incompatíveis com sua realidade profissional, viola-se o direito à imagem e à honra desses profissionais".[40] O anunciado ensaio da *Enfermeira do Funk* na revista *Playboy* acabou sendo veiculado sem qualquer alusão à enfermagem, sob o título *A Proibida do Funk*, referência inegável à vedação judicial.

---

[38] Ver a matéria intitulada *Dói – Vitória na Justiça Proíbe Personagem de Bailes Funk de Identificar-se como Enfermeira*, disponível no próprio *site* do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo: <www.coren-sp.gov.br>.

[39] Para mais detalhes ver, além do já citado *site* do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, a matéria *Justiça Federal quer punir Abril por causa de fotos*, publicada em 30.3.2001 na revista eletrônica *Consultor Jurídico* (<www.conjur.com.br>).

[40] Trechos disponíveis no *site* do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo: <www.coren-sp.gov.br>.

O precedente suscita diversas polêmicas, inclusive no tocante ao tratamento jurídico do *funk* como expressão cultural.[41] Especificamente no tocante ao direito à honra, o julgado traz questão de suma relevância, ao sugerir que o interesse violado no caso concreto seria a "honra" de toda a classe profissional dos enfermeiros. Assim, além da honra individual de cada pessoa humana, seria possível falar em uma "honra coletiva" das variadas classes ou categorias profissionais, o que implicaria no reconhecimento de um "dano moral coletivo" toda vez que essa honra supraindividual restasse afetada.

18 O problema do dano moral coletivo

O dano moral coletivo é figura extremamente controvertida. Sua existência foi debatida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 598.281/MG. Tratava-se de ação judicial promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que pretendia, entre outras coisas, a reparação do "dano moral coletivo" derivado de determinada lesão ao meio ambiente. Relator do acórdão, o Ministro Luiz Fux sustentou a possibilidade de configuração do dano moral coletivo, nos seguintes termos:

> "O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo – *v. g.*: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como *v. g.*; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano. Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental. Deveras, o dano moral individual difere do dano moral difuso e *in re ipsa* decorrente do sofrimento e emoção negativas."[42]

Em sentido oposto, o Ministro Teori Albino Zavascki sustentou a impossibilidade de configuração do dano moral coletivo, ancorando-se na própria noção técnica de dano moral, como lesão a um direito essencial da pessoa humana. Em suas palavras:

> "O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral – como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado

---

[41] Sobre o tema, recomenda-se a leitura da admirável monografia de Denis Martins, *Direito e Cultura Popular: o Batidão do Funk Carioca no Ordenamento Jurídico*, Rio de Janeiro: UERJ, 2007. Disponível em: <www.overmundo.com.br>.

[42] STJ, Recurso Especial 598.281/MG, 2.5.2006.

de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo. Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da 'transindividualidade' (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. [...] No que pertine ao tema central do estudo, o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe 'dano moral ao meio ambiente'. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único."[43]

Por maioria, o dano moral coletivo foi rejeitado naquele julgamento. A posição vem sendo confirmada, desde então, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.[44] Em sentido diametralmente oposto, posicionou-se a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. O caso envolvia a submissão de idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos próprios interessados, quando o Estatuto do Idoso exige apenas a apresentação de documento de identidade (art. 39, § 1º). Em acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, a 2ª Turma reconheceu, na hipótese, a configuração do dano moral coletivo:

"O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base."[45]

A controvérsia não se limita ao Superior Tribunal de Justiça, alcançando também os tribunais estaduais. Muitos juízes e desembargadores vêm acolhendo o dano moral coletivo, especialmente em hipóteses envolvendo acidentes ambientais e má utilização de recursos públicos. Outros, contudo, têm seguido o mesmo entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, afastando a possibilidade do dano moral coletivo por impossibilidade lógica. A divergência acaba gerando decisões antagônicas, por vezes no mesmo tribunal.

A doutrina pouco tem contribuído para solucionar o impasse. Os estudos sobre o dano moral coletivo, que já não são em grande número, acabam, em sua maioria, importando para dentro do tema novas divergências que pertencem, a rigor, ao gênero da responsabilidade civil como um todo. Assim, a discussão sobre o dano moral coletivo acaba contaminada por problemas que não lhe são exclusivos e nem

---

[43] STJ, Recurso Especial 598.281/MG, 2.5.2006.

[44] Veja-se, por exemplo, STJ, Recurso Especial 821.891/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 8.4.2008.

[45] STJ, 2ª Turma, REsp 1.057.274, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 1º.2.2009.

lhe seriam essenciais, como a dificuldade de prova da ofensa moral, a controvérsia sobre o caráter punitivo da indenização, o temor quanto à expansão desmesurada da responsabilidade civil e assim por diante. Tais interferências dificultam o pronto reconhecimento do dano moral coletivo.

A expressão também não ajuda. *Dano moral coletivo* é expressão que carrega, de um lado, toda a tradição histórica do dano moral, figura erigida sobre o trinômio "dor, sofrimento, humilhação" (concepção subjetivista do dano moral) e remodelada como lesão a interesses existenciais próprios da pessoa humana (concepção objetivista do dano moral), sendo certo que ambas as construções radicam fortemente no aspecto individual. De outro lado, o termo *coletivo* não se revela o mais técnico, à luz do nosso direito positivo, que diferencia os interesses supraindividuais em coletivos e difusos, não havendo razão para que o dano moral, se admitido, esteja limitado à primeira categoria.

Em que pesem todas essas imprecisões e dificuldades, a ideia defendida sob a denominação de dano moral coletivo é inteiramente compatível com nossa experiência jurídica. Cumpre notar, neste sentido, que a Constituição brasileira reserva expressa proteção a diversos interesses que transcendem a esfera individual. A tutela do meio ambiente, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural são apenas alguns exemplos de interesses cuja titularidade não recai sobre um indivíduo, mas sobre uma dada coletividade ou sobre a sociedade como um todo. Se a ordem jurídica se dispõe a tutelar tais interesses, é evidente que a sua violação não pode restar admitida, sob pena de tornar inútil o comando normativo. Para prevenir ou remediar a lesão a tais interesses, a ordem jurídica pode disponibilizar remédios específicos (*e. g.*, mandado de segurança coletivo). Em nosso sistema, o remédio residual, aplicável a qualquer caso, mesmo à falta de menção expressa do legislador, é a ação de reparação de danos. Tecnicamente, não há razão para excluir tal caminho no tocante aos interesses supraindividuais.

Não bastasse isso, o Código de Defesa do Consumidor, também ele recheado de dispositivos voltados à tutela de interesses supraindividuais, reconhece expressamente a possibilidade de reparação de danos morais "coletivos e difusos":

> "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos."

O mesmo Código de Defesa do Consumidor acrescenta que, para a tutela dos interesses ali reconhecidos, são "admissíveis todas as espécies de ações capazes de

propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83).[46] Não há, portanto, qualquer restrição a demandas reparatórias envolvendo danos morais difusos ou coletivos. Também a Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, dispõe expressamente:

> "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
>
> [...]
>
> IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."[47]

O tecido normativo brasileiro não parece deixar qualquer dúvida no tocante ao reconhecimento de tutela a interesses transindividuais, que, uma vez lesados, resultam em danos coletivos ou difusos, que podem assumir conotação patrimonial ou moral. Tais danos podem, como também reconhece expressamente a nossa ordem jurídica, ser objeto de ações de reparação.

Chamemos a isso dano moral coletivo, reformulando nosso conceito de dano moral para adequá-lo aos dispositivos legais, ou tratemos dessas situações sob outra denominação qualquer (danos extrapatrimoniais coletivos e difusos), pouco importa. O importante é que superemos uma polêmica artificial, que tem obstado a aplicação do instrumento compensatório em defesa de interesses supraindividuais que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente reconhece, sem qualquer ressalva, como merecedoras de tutela.

Há todo um emaranhado de pontos a debater, como, por exemplo, (i) a destinação da indenização por dano moral coletivo, a ser dirigida preferencialmente a fundos ou entidades legitimadas para a defesa dos interesses violados, (ii) o modo de seleção dessas entidades (com o especial propósito de evitar escolhas arbitrárias e dissociadas de um projeto mais abrangente, como já vem ocorrendo em alguns casos na jurisprudência trabalhista), (iii) os mecanismos necessários para evitar o *bis in idem*, e outras tantas questões. Toda essa rica discussão permanece em suspenso ou evolui a passos muito lentos enquanto o Superior Tribunal de Justiça não alcança o consenso em torno da reparabilidade dessas lesões supraindividuais.

19 A honra dos familiares e o caso da Ialorixá

Problema relevante diz respeito à honra de pessoa falecida. Como se viu no capítulo inaugural deste livro, o Código Civil declara expressamente, em seu art. 11,

---

[46] "Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela."

[47] Note-se que não se trata, na dicção da lei, de danos morais individuais decorrentes de lesão a interesse difuso ou coletivo, mas de "danos morais [...] *causados a* qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, mas determina, na disposição seguinte, que "o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau", terá legitimação para combater a lesão ou ameaça à personalidade de pessoa já falecida. Permite-se, assim, que a proteção aos atributos da personalidade não se encerre com a extinção da vida do seu titular, projetando--se para além da sua morte.

O direito à honra assume posição especial nesse contexto. A íntima coligação entre a reputação dos diversos integrantes de uma família faz com que, para além do direito de protegerem, nos termos do art. 12 do Código Civil, a honra do morto, os seus parentes acabem, algumas vezes, pessoalmente atingidos pelas ofensas póstumas ao falecido. Não se trata de voltar ao tema da "honra coletiva", tutelando-se a honra da família em si, como entidade supraindividual. O que se quer destacar é que os próprios familiares, em sua individualidade, podem sofrer, cada qual em uma medida, violação a seu direito à honra pela ofensa perpetrada contra um parente já falecido.

Interessante decisão foi proferida sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça, em precedente originário da Bahia. A ação judicial foi originada pela distribuição de panfletos religiosos que se valiam, de modo indigno, da imagem de falecida Ialorixá.[48] Ao examinar a questão da legitimidade para a propositura da demanda, a corte superior vislumbrou, na hipótese, danos aos próprios herdeiros, em sua individualidade. Concluiu, na ocasião, a corte superior que a desonra da falecida Ialorixá autorizava o pedido pelos herdeiros de reparação "de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide".[49]

Ressalte-se que a efetiva violação à honra de cada familiar deve ser perquirida no caso concreto, à luz da relação que o vinculava à pessoa ofendida. Nem se trata, aliás, de hipótese restrita à ofensa praticada contra pessoas falecidas: a violação à honra de um pai vivo pode repercutir diretamente sobre a honra do filho, fazendo nascer pretensão fundada em direito próprio. Do mesmo modo, aquele que ataca indevidamente a fidelidade de um homem ou de uma mulher pode causar dano à honra do cônjuge, ostentando este último o direito próprio de obter a cessação e a reparação da lesão sofrida. Em síntese: a especial conexão entre a reputação de certos indivíduos no meio social (em especial, cônjuges, companheiros e familiares) pode resultar em que a ofensa praticada contra a honra de uma pessoa acabe por

---

[48] Ialorixá é a sacerdotiza-chefe de uma casa de santo, mediadora por excelência entre os Homens e os Orixás. O equivalente masculino é denominado Babalorixá. Na linguagem cotidiana, são consagradas as expressões *mãe de santo* e *pai de santo*.

[49] Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça extinguiu o feito em relação ao espólio, por falta de legitimidade ativa, já que a indenização era pleiteada "não por herança, mas por direito próprio" (Recurso Especial 913.131/BA, Rel. juiz convocado Carlos Fernando Mathias, 16.9.2008).

gerar, também, violação à honra individual de outra pessoa, que passa a ostentar direito próprio de ver cessada e reparada a sua lesão.

Vistos os principais aspectos do direito à honra, cumpre examinar o direito à imagem.

4 Direito à Imagem

... pareciam ter mais dignidade na televisão.

(Enrique Vila-Matas, *A Viagem Vertical*)

1 Imagem não é nada?

Imagem não é nada! O lema de uma célebre campanha de refrigerantes poderia ter sido empregado pelo Direito Civil até poucas décadas atrás.[1] A imagem, juridicamente, não era nada. Os precursores dos direitos da personalidade não tratavam da imagem como um direito autônomo, mas como mero instrumento de violação a outros direitos da personalidade, como a honra ou a privacidade. É o equívoco em que incorre ainda hoje o Código Civil, ao afirmar, em seu art. 20, que toda pessoa tem direito a proibir o uso e exposição de sua imagem "se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade".

Ao contrário do que sugere o dispositivo, a tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade. Demonstração clara disso se teve no caso dos *Heróis do Tri*.

2 O caso dos Heróis do Tri

Gérson, Tostão, Jairzinho, Rivelino e Pelé são apenas alguns dos craques daquela seleção brasileira que se tornou tricampeã mundial em 1970. Infelizmente,

---

[1] A famosa campanha do refrigerante *Sprite*, veiculada a partir de 1995, tinha como mote a crítica ao próprio efeito publicitário: "Imagem não é nada. Sede é tudo. Obedeça sua sede."

não é mais possível vê-los juntos nos gramados. Um pai que quisesse mostrar aos filhos a equipe reunida teria de recorrer ao álbum de figurinhas intitulado *Heróis do Tri*. O álbum, que traz retratos dos jogadores, é uma homenagem à sua admirável façanha. Ainda assim, a iniciativa rendeu ação judicial promovida por Clodoaldo Tavares de Santana e outros atletas que não haviam autorizado o uso da sua imagem. Após anos de discussão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que tinham razão os jogadores. É que o direito à imagem se configura como "direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado".[2]

O direito à imagem independe, portanto, do direito à honra. Enquanto o último diz respeito à reputação da pessoa em seu meio social, o direito à imagem exprime o controle que cada pessoa humana detém sobre "qualquer representação audiovisual ou tátil" da sua individualidade, "alcançada por instrumentos técnicos de captação, como filmes, teleobjetivas, registros computadorizados, bem como pela ação artística da criatividade humana nas telas de pintura, na escultura de qualquer tipo, inclusive artesanato".[3] O uso não consentido da representação externa da pessoa configura, por si só, violação ao direito de imagem, cuja autonomia vem reconhecida no art. 5º, inciso X, da Constituição da República.

> "Art. 5º [...]
>
> X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Não quer isso significar, por óbvio, que o direito à imagem se apresente como um direito absoluto. Em algumas situações, admite-se a divulgação não autorizada da imagem alheia, como resultado da ponderação entre a proteção à imagem e outros interesses de ordem também constitucional, especialmente a liberdade de informação e a liberdade de expressão intelectual, artística ou científica. Além disso, há casos em que, embora não se tenha o consentimento expresso do retratado, uma autorização tácita pode ser identificada. O político que discursa em um comício ou a atriz que posa para fotos na saída de um espetáculo consentem, por meio do seu comportamento, com a divulgação daquela imagem, sem que se possa vislumbrar violação pela mera ausência de autorização escrita. É certo, contudo, que, por maior que seja a frequência de tais situações, em uma sociedade caracterizada pela presença constante da mídia e pelo anseio de exposição pública, a

---

[2] STJ, Recurso Especial 46.420/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., 12.9.1994. Para outro precedente bastante semelhante, confira-se o julgamento do Recurso Especial 67.292/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 3.12.1998.

[3] José Serpa de Santa Maria, *Direitos da Personalidade e a Sistemática Civil Geral*, São Paulo: Julex, 1987, p. 86.

necessidade de consentimento inequívoco do retratado deve continuar a ser vista como regra, nunca como exceção.

3 O art. 20 do Código Civil

Ao disciplinar o direito à imagem, o Código Civil estabeleceu em seu art. 20:

> "Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais."

O dispositivo começa atribuindo elevada importância à autorização do retratado, cuja exigência deve ser mesmo a regra em matéria de uso da imagem alheia. Apesar do auspicioso início, o art. 20 acaba por incorrer em dois equívocos graves. Primeiro, ao tentar delimitar as situações em que a imagem de uma pessoa pode ser veiculada sem sua autorização, o legislador menciona apenas duas situações: a necessidade de "administração da justiça" ou de "manutenção da ordem pública". A limitação é excessiva. De um lado, não é sempre que a administração da justiça e a manutenção da ordem pública autorizam a veiculação da imagem alheia. De outro lado, o dispositivo ignora numerosos interesses constitucionalmente protegidos que podem, em certas circunstâncias, justificar a divulgação desautorizada da imagem alheia. É o caso da liberdade de informação, como se verá em detalhe nos tópicos seguintes.

Além disso, falha o art. 20 em sua parte final, ao limitar a possibilidade do retratado obter a proibição do uso ou veiculação da sua imagem àquelas hipóteses em que "lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais". A restrição não se justifica. Como já se destacou, o direito à imagem é direito autônomo, cuja tutela independe da configuração de lesão à honra do retratado. Tampouco há razão para que a proteção da imagem se limite às hipóteses de reprodução destinada a fins comerciais. O uso não autorizado da imagem alheia pode gerar responsabilidade mesmo quando não haja qualquer intuito comercial na sua utilização. É o que têm concluído os tribunais em casos como aquele que ficou conhecido como o caso Jesus.

4 Fins comerciais e o caso Jesus

Sebastião Jesus é figura conhecida da população de Lajes, município de Santa Catarina. Morador de rua, sua presença nos locais públicos é constante, por

necessidade. Durante uma campanha eleitoral, Jesus surpreendeu-se ao ver sua imagem utilizada, sem sua autorização, em folhetos de um certo candidato. Sob o seu retrato, lia-se a frase: "*Desalento, Desânimo, Desleixo, Desrespeito: Você vai deixar que Lages continue assim?*"

Jesus promoveu ação de indenização contra o responsável pela propaganda. A defesa alegou que a frase empregada não lesava a honra de Jesus, já que não lhe dirigia nenhum termo ofensivo, chamando, muito ao contrário, a atenção da população para um problema real: a dramática situação dos moradores de rua, cujos números são alarmantes em nosso país. Se não atingia sua honra, tampouco havia, no caso, a destinação a "fins comerciais", tal qual exigida pela literalidade do art. 20. A propaganda era de natureza eleitoral, voltada à distribuição gratuita. Seu escopo era a obtenção dos votos do povo, com a promessa de solução dos problemas locais.

Ainda assim, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reformou a sentença de primeiro grau e concedeu, com acerto, a Sebastião de Jesus uma indenização de R$ 20 mil pelo uso indevido da sua imagem. Registrou-se que o rosto de Jesus aparecia coberto com uma tarja preta, mas a imagem continuava a revelar "o andar curvado que lhe é característico", além de outros sinais que permitiam a sua identificação. Concluiu-se que o uso da foto, sem a autorização de Jesus, ofendia o seu direito à imagem, expressão autônoma da personalidade humana.[4]

Como se vê, a ofensa à imagem prescinde da caracterização de dano à honra ou da sua destinação a "fins comerciais". Ausente a autorização do retratado, a veiculação para fins institucionais e gratuitos fere seu direito à imagem tal qual a veiculação para fins comerciais. Por exemplo, se a imagem de certa pessoa é veiculada, sem sua autorização, em material promocional de instituição beneficente, de partido político ou de entidade religiosa, nem por isso deixa de existir violação ao direito de imagem. Os requisitos exigidos pela parte final do art. 20 do Código Civil representam indevida restrição da tutela constitucional do direito de imagem (Constituição, art. 5º, X).

5 Direito à imagem e liberdade de informação

Durante as eleições de outubro de 2006, jornal de grande circulação noticiava que o ex-Chefe da Casa Civil havia votado, em São Paulo, sob o coro de "*ladrão, ladrão*", entoado por eleitores que se encontravam na sua seção eleitoral.[5] A notícia,

---

[4] TJSC, Apelação Cível 2002.021.552-5, Rel. Des. Newton Janke, 17.7.2008.

[5] *Dirceu Vota aos Gritos de "Ladrão, Ladrão"*. Reportagem de Lino Rodrigues e Tatiana Farah, disponível em: *O Globo Online*, 29.10.2006.

acompanhada da foto do protagonista, circulou, por razões óbvias, sem sua autorização. Não se tratava tampouco de veiculação necessária à manutenção da ordem pública ou à administração da justiça, únicas hipóteses em que o art. 20 do Código Civil dispensa a autorização do titular da imagem. A reportagem afeta, claro, "a honra, a boa fama ou a respeitabilidade" do retratado. Sua inserção em um jornal de circulação não gratuita autoriza também a conclusão de que a divulgação de imagem destina-se a "fins comerciais".

Nessas circunstâncias, a interpretação literal do art. 20 do Código Civil conduziria à conclusão de que a veiculação daquela imagem seria passível de proibição pelo retratado. Tal resultado seria, contudo, absurdo, pois implicaria excessiva restrição à liberdade de informação, interesse que ostenta também proteção constitucional:

> "Art. 5º [...]
>
> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

A liberdade de informação consiste na grande ausência do art. 20 do Código Civil. Alguns autores sustentam, por tal razão, a sua inconstitucionalidade.[6] Não é preciso chegar a tanto, mas o intérprete e o magistrado têm, nos casos relativos ao uso indevido de imagem, o dever de suprir a omissão legislativa, verificando se a hipótese diz respeito ao exercício da liberdade de informação. Em caso positivo, deve-se proceder à ponderação entre os dois direitos fundamentais em conflito: a liberdade de informação e o direito à imagem.

Tal ponderação não é simples e seu resultado varia conforme as circunstâncias do caso concreto, o que desperta quase sempre temores de insegurança ou tratamento desigual. Daí a necessidade sempre sentida de se enumerarem parâmetros que possam servir de guia ao magistrado na difícil tarefa de ponderar. Nesse campo específico, parâmetros invocados com frequência são o do "lugar público" e da "pessoa pública". Afirma-se, em síntese, que toda imagem captada em lugar público poderia ser transmitida, sem necessidade de autorização do retratado. Do mesmo modo, seria dispensável a autorização para veiculação da imagem de pessoa pública, assim entendida aquela que se beneficia de modo corriqueiro da exposição na mídia.

Tais parâmetros devem ser urgentemente revistos.

---

[6] Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito à Informação × Direito à Privacidade, O Conflito de Direitos Fundamentais, Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania, Revista da AMAERJ*, nº 5, 2002, p. 15.

6 Falso parâmetro do lugar público

Sustenta-se que imagens captadas em locais públicos podem ser divulgadas sem a autorização do retratado. O entendimento reduz o direito à imagem a um direito tutelado "entre quatro paredes". Sua difusão deriva daquela antiga abordagem que, sem reconhecer a autonomia do direito à imagem, acabava por tentar inseri-lo dentro de outros direitos da personalidade, no caso, dentro de uma feição bastante restrita do direito à privacidade.

O direito à imagem deve ser tutelado em toda parte. Quem caminha na rua, quem passeia no parque, quem vai à praia não deixa em casa o seu direito à imagem. Claro que, ao participar da vida comunitária, qualquer pessoa se sujeita a ser retratada como *parte integrante* da realidade coletiva. Fotografias que exibem milhares de torcedores do Fluminense vibrando no Maracanã em uma tarde de domingo ou uma imensidão de banhistas na praia de Ipanema não exigem a prévia coleta do consentimento de todos os retratados. O que se retrata aí, porém, é indiscutivelmente o fenômeno coletivo, do qual os retratados são meros componentes, não individualizados.

Bastante diversa é a situação da mulher que, gozando seu momento de lazer nas mesmas areias de Ipanema, vem fotografada com *zoom* poderoso e vê seu corpo exibido, com impressionante detalhamento, nas páginas do jornal da manhã seguinte. O lugar é o mesmo: lugar público, não há dúvida. Isso, contudo, não tornará lícita a divulgação desautorizada da sua imagem, que, aqui, já não exprime mais a retratação de um fenômeno coletivo, mas expõe claramente a sua mais íntima individualidade.

7 O caso do *top, top, top*

O critério do lugar público tem dado ensejo a abusos da mais variada ordem. Em construção canhestra, chega-se a sustentar que o adjetivo *público* é aplicável não apenas aos locais de livre acesso ao público, como praças, praias e avenidas, mas também aos prédios ocupados pelo Poder Público. Assim, restaria autorizada, por exemplo, a livre captação e divulgação de imagens em gabinetes de autoridades públicas.

Foi o entendimento que conduziu, sem maior constrangimento, à divulgação de vídeo mostrando o assessor especial da Presidência da República, Marco Aurélio Garcia, enquanto assistia, no interior do seu gabinete no Palácio do Planalto, a certa reportagem televisiva, que noticiou a constatação de falha técnica no *airbus* A320 da TAM. A reportagem foi veiculada alguns dias depois de um dos mais graves acidentes da história da aviação brasileira. Como parte da imprensa havia atribuído

a tragédia ao descaso do governo federal com a aviação civil, Marco Aurélio celebrou a notícia do defeito técnico da aeronave, batendo a mão aberta sobre a mão fechada, em um gesto obsceno possivelmente dirigido aos que culpavam a Administração. O episódio, que ficou conhecido como *top, top, top*, também envolveu um auxiliar de Marco Aurélio, que se excedeu ainda mais nas comemorações.

Independentemente do juízo moral que se faça sobre a conduta adotada na ocasião pelo assessor da Presidência, o certo é que sua imagem não poderia ter sido captada no interior do seu gabinete, sem autorização. A captação se deu literalmente "pela janela", com uso de poderoso *zoom* que invadiu a sala do retratado. O vídeo, até hoje encontrado na internet, foi divulgado em cadeia nacional, sem qualquer preocupação aparente com o modo clandestino de captação da imagem, ou com a reconstrução do contexto vivido, naquele instante, no interior do gabinete privativo, onde se encontravam os retratados.

Lugar público, a rigor, são tão somente os espaços de livre acesso, como praças, praias e ruas. Mesmo nessa acepção, o lugar público deve desempenhar um papel muito reduzido na análise da colisão entre direito de imagem e liberdade de informação. O caráter público do lugar não pode, de modo algum, ser tomado como um salvo-conduto para a captação de imagens. O que se deve examinar é, antes, o contexto em que a imagem é captada, a expectativa das pessoas envolvidas e o grau de individualização da sua imagem.

Quem participa de uma passeata, quem comparece a um show, quem vai ao estádio assistir a uma partida de futebol tem a consciência de que pode ter sua imagem captada como parte integrante do fenômeno coletivo. Já não é o que ocorre com namorados que, ao entardecer, se beijam no banco de uma praça, onde, embora público o local, o contexto é evidentemente íntimo, de tal modo que a captação e veiculação da imagem do casal deve ser precedida do pedido de autorização ou, no mínimo, das cautelas necessárias a impedir a identificação dos retratados.

Reduzir a importante discussão acerca do contexto da captação da imagem, discussão de caráter dinâmico e funcional, a um fator estático e puramente estrutural como o grau de acesso ao lugar da captação ("lugar público") significa substituir por um simplismo grosseiro o que deveria ser um cuidadoso e responsável exercício de ponderação entre a liberdade de informação e o direito à imagem. É o que ocorre também em relação ao parâmetro da pessoa pública.

8 Falso parâmetro da pessoa pública

É de se rejeitar, de plano, a qualificação de qualquer pessoa humana como "pública". Pessoas são privadas por definição. A expressão *pessoa pública* é empregada

com o propósito de sugerir que o uso da imagem de celebridades dispensa autorização, pelo simples fato de que vivem de sua exposição na mídia. A rotulação de atrizes, atletas ou políticos como pessoas públicas vem normalmente acompanhada da sugestão de que o seu direito à imagem – e também à privacidade, como se verá no próximo capítulo – é merecedor de uma proteção menos intensa do que aquela reservada às demais pessoas.

Muito ao contrário, a proteção ao direito de imagem de celebridades é tão intensa quanto a de qualquer um. O fato de viverem de sua imagem na mídia só reforça a importância que a representação física assume em relação àquelas pessoas. Famosa ou não, qualquer pessoa tem o direito de proibir a circulação indesejada da sua representação exterior. Tal exigência somente pode ser afastada naquelas situações em que outros interesses de hierarquia constitucional (liberdade de informação, liberdade de expressão etc.) venham exigir, diante das concretas circunstâncias, proteção mais intensa que o direito à imagem.

O fato de a pessoa retratada ser célebre ou notória pode, quando muito, sugerir que há algum grau de interesse do público em ter acesso à imagem, pela só razão de dizer respeito àquela pessoa. Isso não basta, contudo, para que se conclua pela prevalência da liberdade de informação sobre o direito à imagem. Diversos outros fatores devem ser sopesados antes de se concluir, no caso específico, qual dentre os dois direitos fundamentais há de prevalecer. Limitar-se aos critérios simplistas do "lugar público" e da "pessoa pública" é postura que incentiva perversas violações ao direito de imagem.

9 Tanto mar e tão pouco

"Sei que há léguas a nos separar, tanto mar, tanto mar". São versos de Chico Buarque, inteiramente aplicáveis à situação real da qual foi vítima. Tanto mar não o impediu de ser surpreendido por cliques longínquos, mas de assustadora precisão, enquanto namorava nas águas do Leblon. Mais uma vez, alegou-se que o local era "público", concluindo-se autorizada, já por isso, a divulgação das imagens. Afirmou-se, ainda, que se tratava de "pessoa pública", argumento que, além de tecnicamente impróprio, desconsiderou, no caso, a captação da imagem da namorada anônima, divulgada com idêntica clareza nos jornais e revistas. Qualquer consideração sobre os efeitos devastadores que as fotos acabariam por provocar na vida dos envolvidos e de terceiros foi deixada para um momento posterior ao estardalhaço criado com a sua divulgação.[7]

---

[7] Os efeitos nocivos da divulgação podem ser pressentidos pelo título estampado na capa do suplemento *IstoÉ Gente* na ocasião: *"Ricardo amava Celina, que amava Chico..."* (14.3.2005).

Há um verdadeiro oceano a separar esse tipo de raciocínio simplista, calcado no binômio "lugar público/pessoa pública", da ponderação complexa e delicada que é tecnicamente exigida pela colisão entre a liberdade de informação e o direito à imagem. A maior parte da doutrina e da jurisprudência tem, contudo, preferido se apegar àqueles critérios estruturais e obsoletos, ao invés de mergulhar fundo na perquirição dos parâmetros que devem guiar a ponderação em casos desse gênero. Se não é fácil, a tarefa de identificar esses novos parâmetros é extremamente necessária.

10 Parâmetros para ponderação entre direito à imagem e liberdade de informação

Visto que os tradicionais critérios da "pessoa pública" e do "lugar público" não constituem guia seguro para a solução do conflito entre liberdade de informação e direito de imagem, cumpre indicar novos parâmetros que possam auxiliar o juiz no seu exercício de ponderação. Antes, porém, é preciso compreender que a ponderação somente se impõe quando há colisão entre dois interesses merecedores de igual proteção na ordem jurídica. Assim, se certo ente jornalístico veicula imagem adulterada de certa pessoa, transmitindo fato que não seja verídico, não há que se falar em liberdade de informação: a notícia, muito ao contrário, desinforma. A ponderação, nessa hipótese, nem chega a se iniciar, já que um dos interesses conflitantes sequer está presente. Em termos mais técnicos, a conduta empregada não se mostra adequada a realizá-lo.

A ponderação somente se faz necessária quando há efetiva colisão entre interesses igualmente protegidos. Na impossibilidade de proteger integralmente a ambos, o juiz vê-se forçado a ponderar. A ponderação consiste, assim, em sopesar, no caso concreto, o grau de realização do interesse lesivo (liberdade de informação) com o grau de sacrifício do interesse lesado (direito de imagem). Trata-se, em outras palavras, de verificar se, naquelas condições concretas, o grau de realização do interesse lesivo *justifica* o grau de afetação do interesse lesado.[8]

Como se vê, a ponderação não é uma operação matemática ou ideologicamente neutra. Trabalha com graus, pesos, contrapesos. A tarefa da doutrina consiste justamente em oferecer parâmetros objetivos que possam auxiliar o Poder Judiciário no seu exercício de ponderação. Tais parâmetros não apenas dão a necessária segurança às decisões proferidas, como asseguram a sua uniformidade. Garantem decisões semelhantes para casos semelhantes. Permitem, além disso, que a sociedade e as próprias partes controlem a legitimidade da ponderação efetuada a partir

[8] Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, cit., p. 139-181.

do exame da fundamentação da decisão judicial e da interposição de eventuais recursos.

Em termos gerais, podem-se indicar os seguintes parâmetros para aferir o grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação de imagens: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida. Para aferir a intensidade do sacrifício imposto ao direito de imagem, cumpre verificar: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto de onde foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.

Como deriva de um sopesamento, o resultado da ponderação varia inevitavelmente conforme as circunstâncias do caso concreto, pendendo ora para a proteção da imagem, ora para a tutela da liberdade de informação. Tome-se como primeiro exemplo a situação da emissora de televisão que pretende veicular, em cadeia nacional, a imagem de uma atriz captada a distância, por cinegrafista situado em prédio vizinho, enquanto ela discutia asperamente com o namorado em um quarto de hotel. A intensidade da realização da liberdade de informação, nessa hipótese, é diminuta diante da reduzida utilidade do fato para o público e do elevado risco de não se reproduzir com fidelidade o contexto originário de onde a imagem foi extraída. De outro lado, há intenso sacrifício ao direito de imagem, representado pelo caráter inesperado e clandestino da captação, pela precisa identificação da pessoa retratada, pela elevada exposição da sua intimidade, pelo amplo espectro alcançado pelo meio de veiculação. Prevalece o direito à imagem.

O resultado seria, todavia, oposto se a mesma emissora decidisse veicular, em cadeia nacional, a imagem da mesma atriz, captada pelo mesmo cinegrafista, do mesmo prédio vizinho, enquanto da janela do seu apartamento acenasse para uma multidão de fãs que acompanhasse da rua a sua recuperação de uma doença grave. Aqui, a utilidade da informação para o público é mais elevada que na hipótese anterior e a exposição da retratada é mais reduzida, além de se revelar bem maior o seu grau de consciência em relação à possibilidade de captação da sua imagem no gesto dirigido ao público. Altera-se a equação e o direito à imagem cede passagem à liberdade de informação.

Além dos critérios aqui propostos, outros podem assumir relevância diante das circunstâncias concretas do conflito. Pode até mesmo ocorrer que outros direitos da personalidade estejam em jogo, como o direito à honra e o direito à privacidade, atraindo parâmetros próprios. Não é raro, aliás, que a ameaça ao direito de imagem encerre, em alguma medida, uma ameaça à privacidade, sendo ainda frequente, quer na doutrina,

quer na jurisprudência, a associação entre esses dois aspectos da personalidade.[9] Tudo isso torna a ponderação ainda mais complicada.

Se não chega a ser fácil, a ponderação não deixa de ter inúmeras vantagens. Embora esta não seja a sede própria para se estender sobre o método ponderativo, não se pode deixar de ressaltar aquela que parece uma das principais virtudes da sua aplicação: atrair a atenção para medidas concretas que podem ser adotadas, de modo a influenciar na prevalência de um interesse ou de outro.

11 Tarja preta e outras cautelas

A ponderação não resulta em conclusões estáticas. Pequenas atitudes ou cuidados podem alterar a equação entre os interesses em conflito. Cada um dos parâmetros indicados no tópico anterior pode ter sua gradação elevada ou reduzida por meio de cautelas adotadas no caso concreto. Por exemplo, o "grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida" pode ser majorado se a emissora de TV acrescenta declarações dos próprios retratados ou de terceiros (familiares, testemunhas, especialistas), que explicam e contextualizam a imagem divulgada.

Como se pode notar, os parâmetros de ponderação têm a extrema virtude de funcionarem como recomendações para casos futuros. Tome-se, por exemplo, o parâmetro relativo ao "grau de identificação do retratado na imagem veiculada". É muito fácil perceber que referido grau pode ser reduzido por meio de expedientes tecnológicos, como a aplicação de uma tarja preta sobre os olhos do retratado ou de um borrão digital sobre o seu rosto. Assim, sempre que a identificação do retratado não for essencial à notícia, convém ao veículo de imprensa valer-se de tais cautelas, a fim de facilitar a prevalência da liberdade de informação em um eventual conflito surgido a partir da circulação da imagem.

A própria lei impõe cuidados desse gênero em situações específicas. Por exemplo, o art. 143 do Estatuto da Criança do Adolescente (Lei 8.069/1990) veda "a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional". O parágrafo único do dispositivo, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.764/2003, acrescenta:

> "Art. 143 [...]
>
> Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome."

---

[9] O direito à privacidade será objeto do capítulo seguinte.

São medidas que permitem resguardar os direitos do menor retratado, sem impedir a veiculação da imagem. Há, de fato, fundada preocupação em se evitar uma vedação prévia à circulação de notícias. Parte da doutrina chega mesmo a incluir entre os parâmetros de ponderação uma explícita "preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação".[10] Aí já se está, a rigor, em um segundo momento do conflito, que diz respeito não aos parâmetros de ponderação propriamente ditos, mas ao remédio que será empregado na solução do caso concreto. De qualquer modo, não há dúvida de que o juiz deve, sempre que possível, compatibilizar a liberdade de informação com o direito à imagem, optando por remédios menos drásticos, como a restrição ao conteúdo da notícia, a ocultação de detalhes que permitam a identificação do retratado e outras medidas semelhantes. Isso não deriva de qualquer preferência da liberdade de informação sobre o direito de imagem. Muito ao contrário: no extremo, é a tutela da imagem que deve assumir prioridade, como manifestação da dignidade humana, fundamento da ordem constitucional brasileira.

12 O caso do *topless*

Caso polêmico de colisão entre o direito à imagem e a liberdade de informação ocorreu em Santa Catarina, onde a fotografia de uma jovem fazendo *topless* na Praia Mole foi exposta em página do jornal *Diário Catarinense*. A retratada, que não havia autorizado a divulgação, propôs ação de indenização por danos morais e materiais contra a editora do jornal. Em primeiro grau, a demanda foi julgada improcedente. A autora interpôs apelação, a que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento por maioria, condenando a editora ao pagamento de 100 salários-mínimos. Argumentou o Tribunal, na ocasião, que "o *Diário Catarinense*, ao fazer a publicação levada a termo, exerceu a sua liberdade de imprensa. Mas essa liberdade de imprensa cede, resta ver, diante dos direitos assegurados constitucionalmente à apelante".

A editora apresentou embargos infringentes, obtendo, também por maioria, a reforma da decisão junto ao mesmo Tribunal, onde, dessa vez, prevaleceu o seguinte entendimento:

> "A imagem das pessoas constitui uma forma do direito à intimidade. Quem quer preservar sua honra e sua intimidade não expõe os seios para deleite da multidão. Se a embargada resolveu mostrar sua intimidade às pessoas deve ter maturidade

[10] Luis Roberto Barroso, *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade, Critérios de Ponderação, Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*, cit., p. 89-91.

> suficiente para suportar as consequências de seus atos e não atribuir à imprensa a responsabilidade pelo ocorrido. É importante salientar que a praia estava cheia e era feriado. A fotografia não foi obtida de recinto ou propriedade particular, ou de ambiente exclusivamente privado. Mas muito pelo contrário, o fotógrafo simplesmente registrou o que estava à mostra para todos os presentes na Praia Mole, naquele momento."

Inconformada, a autora interpôs, então, Recurso Especial, conduzindo a matéria à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Não havia dúvida de que a corte superior estava diante de um caso polêmico. De um lado, é certo que o *Diário Catarinense* pretendeu com a imagem informar o público de fato real ocorrido na Praia Mole, fato que não é desprovido de interesse informativo, já que diz respeito à inovação nos hábitos culturais dos banhistas, mote da reportagem. De outro lado, se é verdade que a autora se expôs a "todos os presentes na Praia Mole, naquele momento", também é certo que não se pode extrair disso uma autorização para sua exposição a todo o público leitor de um jornal de grande circulação. Trata-se, a toda evidência, de coletividade bem mais abrangente e que terá reservado à imagem um olhar bem mais crítico do que aquele despertado na naturalidade do ambiente praiano.

Uma ponderação criteriosa levaria em conta, de acordo com os parâmetros já apresentados, as seguintes circunstâncias concretas: (i) a veiculação da imagem da moça era desnecessária, embora útil, para dar notícia do fato ocorrido; (ii) a veiculação da imagem poderia perfeitamente ter ocorrido sem a identificação da moça, ocultando-se o seu rosto; (iii) é elevada a exposição da intimidade da retratada; (iv) o fato em si, ou seja, a prática do *topless* tem reduzida, embora alguma, utilidade informativa; (v) a exposição da imagem individualizada da moça não permite a preservação do contexto originário da imagem, permeado por uma multidão de banhistas, mais ou menos desnudos; (vi) embora a praia seja lugar de acesso irrestrito, é baixa a expectativa de captação de imagem individualizada, ainda que naquelas circunstâncias; (vii) a fotografia foi captada à distância, corroborando o caráter clandestino da sua captura; (viii) a natureza do meio pelo qual se deu a divulgação da imagem revela seriedade contrastante com o ambiente informal e lúdico onde a imagem foi colhida; e (ix) a amplitude do público do *Diário Catarinense* é significativamente maior e naturalmente diversa do público frequentador do setor específico da Praia Mole onde se localizava a retratada.

Nenhuma dessas importantes questões foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do caso. Calcando-se exclusivamente em aspectos estruturais, como o caráter público do local e a ausência de veiculação do nome da retratada na matéria, concluiu a corte:

> "[...] a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora. Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada".[11]

Perdeu o tribunal a oportunidade de proceder a uma efetiva ponderação entre o direito de imagem e a liberdade de informação. Pior: centrou-se sobre uma visão estática da autorização do titular da imagem, presumindo a partir do comportamento da jovem o seu consentimento tácito com a captação e difusão da imagem a um público imensamente superior ao presente naquele local, com grave exposição da sua intimidade. Por sorte, decisões mais recentes dos tribunais brasileiros vêm atentando para a necessidade de se interpretar restritivamente a autorização do titular da imagem, especialmente quando tácita, mas até mesmo quando expressamente concedida pela pessoa retratada.

13 Interpretação restritiva da autorização e o caso *Se Eu Fosse Você 2*

Como expressão da dignidade humana, a imagem da pessoa humana é indisponível. Pode, claro, o titular da imagem consentir, gratuita ou remuneradamente, com a sua utilização para fins específicos, como esclarece o próprio art. 20 do Código Civil, desde que não o faça em termos gerais ou permanentes. A autorização deve, ademais, ser interpretada sempre de modo restritivo, limitando-se à finalidade específica para a qual foi concedida.

Conflito emblemático surgiu em torno da veiculação da imagem da atriz Glória Pires no âmbito de campanha publicitária de uma empresa do ramo mobiliário. A companhia alegava ter celebrado com a produtora do filme *Se Eu Fosse Você 2* contrato de licenciamento que autorizaria a veiculação da imagem da atriz. No instrumento constava, de fato, que a produtora "obteve o consentimento expresso dos atores Tony Ramos e Glória Pires para celebrar o presente contrato".

A declaração fundava-se em cláusulas de um outro contrato: o contrato de prestação de serviços de interpretação artística celebrado pela atriz, que, na condição de interveniente, reconheceu que a produtora, "na qualidade de única e exclusiva detentora de todos os direitos patrimoniais autorais sobre a Obra contendo a

[11] STJ, Recurso Especial 595.600/SC, 18.3.2004.

interpretação, imagem e voz da interveniente poderá livremente dela dispor, bem como de seus extratos, trechos ou partes, dando-lhe qualquer utilização econômica, sem que à contratada e/ou à interveniente caiba qualquer remuneração ou compensação, além daquelas estipuladas no presente instrumento".

Em que pese a linguagem ampla da cláusula contratual, o juiz da causa proferiu decisão liminar determinando a retirada de toda publicidade dos produtos envolvendo a imagem da autora, sob pena de multa diária. Isso porque, com base em outros trechos do contrato de prestação de serviços artísticos, o magistrado concluiu que a expressão *qualquer utilização econômica* deveria "ser entendida como a intenção da primeira ré em fazer a publicidade e divulgação da obra", não havendo no contrato "previsão de exploração da obra e imagem da autora para promover produtos de terceiros, fato que deverá ser objeto de prova em juízo de cognição exauriente".[12]

Merece aplausos a decisão. O *status* constitucional do direito à imagem, manifestação do valor indisponível da dignidade humana, impõe que a eventual autorização para sua divulgação seja sempre interpretada de modo restritivo, limitando-se ao uso pontual e específico, circunscrito àquilo que foi inequivocamente autorizado. Isso não significa que a autorização não possa ser tácita, como no exemplo já mencionado da celebridade que posa para fotógrafos ao chegar a uma festa. Mesmo nesses casos, contudo, a autorização há de ser interpretada restritivamente, alcançando apenas a veiculação como parte da retratação daquele fato, e não já em outras situações estranhas à finalidade ou ao contexto originário em que a captação daquela imagem foi consentida.

É preciso compreender que a autorização do titular não encerra o controle de legitimidade do uso da imagem. Trata-se, ao contrário, do seu ponto de partida. Mesmo com a autorização, o uso da imagem deve ser continuamente controlado pelo direito, a fim de evitar excessos e abusos. Não se pode admitir que a autorização seja invocada para legitimar usos da imagem que obviamente não seriam consentidos pelo seu titular ou, pior, que se afigurem contrários à sua dignidade. Entender diversamente seria virar de ponta-cabeça a função jurídica da autorização. Hipótese estonteante, nesse sentido, foi protagonizada pela atriz Juliana Paes.

14 Limites da autorização e o rodopio de Juliana Paes

Em setembro de 2006, durante a divulgação de um produto de beleza na *Beauty Fair*, em São Paulo, a atriz Juliana Paes ofereceu aos presentes um rodopio em um vestido esvoaçante. A imagem foi captada por um fotógrafo que procurava registrar quadro a quadro o gesto da musa. Nada digno de nota foi percebido a

[12] TJRJ, Processo 2009.001.117778-7, decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeiro grau.

olho nu por qualquer das pessoas presentes na ocasião. Foi somente no estúdio, ampliando a imagem, que o profissional percebeu que havia captado algo a mais. No dia seguinte, a foto foi estampada em um jornal, sob a manchete "sem calcinha". Divulgada também na internet, a imagem alcançou recordes de popularidade no universo virtual.[13]

O rodopio, note-se, foi praticado em evento público, diante e até mesmo *para* as lentes dos fotógrafos. Daí se pode extrair uma autorização tácita para a captação e veiculação da imagem da atriz, mas nos limites das suas expectativas. Não há dúvida de que a atriz tem o direito de requerer em juízo a adoção das medidas necessárias para impedir a circulação de uma fotografia que acabou por abranger bem mais do que era esperado. Não se pode presumir que aquela imagem específica fora objeto de sua autorização tácita, representada pelo gesto casual de posar para a legião de fotógrafos que a aguardava no evento.

Beira o absurdo argumentar, como fizeram alguns, que o simples fato de uma "pessoa pública", em "lugar público", deixar de usar calcinha implica autorização tácita para a divulgação da sua nudez. Muito ao contrário, o escopo e os limites da autorização sujeitam-se a controle permanente por parte da ordem jurídica, devendo haver plena correspondência entre aquilo que foi autorizado e aquilo que será veiculado, sempre com o máximo respeito à intenção do retratado.

A própria redação do art. 20 do Código Civil revela que a autorização não se esgota no momento de captação da imagem, mas consiste no título justificativo da sua "publicação", "exposição" e "utilização". Em outras palavras: mesmo quem autoriza, tácita ou expressamente, a captação da sua imagem pode, posteriormente, impedir sua circulação se verificar que a imagem revela mais ou revela algo diverso do que era esperado no momento da autorização.

Não se pode aqui incorrer no equívoco de examinar a matéria sob ótica patrimonialista, enxergando a imagem captada como um bem que passa a integrar o patrimônio do captador. A imagem, repita-se, consiste em atributo da personalidade humana, cuja titularidade recai sempre sobre o retratado. Sua utilização por outrem representa excepcional concessão da pessoa, sujeitando-se a controle permanente da ordem jurídica.

15 O caso da Plataforma P-36

Situada a 130 quilômetros da costa do Estado do Rio de Janeiro, no campo de Roncador, na Bacia de Campos, a plataforma de produção petróleo P-36 era a

---

[13] Confira-se a reportagem de Bob Fernandes intitulada *Juliana Paes sem Calcinha: os Caminhos da Notícia*, publicada na *Terra Magazine*. Disponível em: <terramagazine.terra.com.br> (8.9.2006).

menina dos olhos da Petrobras. Sua construção custou cerca de 350 milhões de dólares e sua produção diária chegava a 84.000 barris de petróleo. Na madrugada de 15 de março de 2001, uma sequência de explosões abalou a colossal estrutura, resultando numa inclinação de 16 graus no piso da plataforma. No momento do acidente, 175 pessoas estavam a bordo da P-36. Onze morreram. Equipes de resgate trabalharam duro para salvar os sobreviventes e tentar estabilizar a plataforma, injetando nitrogênio e ar comprimido nos tanques a fim de remover a água acumulada, estratégia que acabou abandonada diante do mau tempo e das reduzidas chances de sucesso. A P-36 veio a afundar, definitivamente, em 20 de março de 2001, a uma profundidade de 1.200 metros e com estimadas 1.500 toneladas de óleo ainda a bordo.[14]

Resgatado da P-36, um dos seus sobreviventes foi fotografado em estado que transmitia prontamente, a quem quer que se deparasse com a imagem, o profundo desespero de que foram tomados os seus tripulantes na ocasião. Sua imagem foi veiculada com a legítima finalidade de dar ao mundo a notícia do desastroso acidente. Meses depois, entretanto, o retratado confrontou-se novamente com a cena, repetidamente veiculada por canal de televisão, com o exclusivo propósito de divulgar sua própria eficiência na divulgação de "furos de reportagem". O sobrevivente promoveu ação judicial contra a emissora.

Em admirável decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou procedente o pedido do retratado, interrompendo a circulação daquela imagem. Entendeu a corte que, superado o acontecimento, "a foto do autor, em estado de grande choque, passou a ser mero chamariz com cunho publicitário para a programação do canal, aproveitando-se a empresa de comunicação, a Globo News, da imagem por ela colhida como atrativo na comercialização de seus produtos, sendo certo que nesses não mais se tratava de informar o fato ocorrido, mas tão somente de divulgar comercialmente a empresa como sendo a mais eficiente no mercado".[15]

O precedente é valioso. Ilustra como uma mesma imagem, captada e divulgada como manifestação legítima da liberdade de informação em circunstâncias que a faziam prevalecer sobre o direito de imagem do retratado, pode, com a alteração das circunstâncias fáticas, ter sua veiculação vedada. De fato, se o interesse informativo do público e a atualidade da notícia justificavam, no primeiro momento, a divulgação da imagem do sobrevivente da P-36 mesmo sem a sua autorização, o decurso do tempo esmoreceu tais circunstâncias, fazendo com que o direito de imagem passasse, então, a prevalecer sobre a liberdade de informação.

---

[14] Para detalhes, confira-se, entre outras, a reportagem *O Titanic da Petrobras*, de 16.3.2001, ainda disponível no *site* do *Correio Braziliense* <www.correioweb.com.br>.

[15] TJRJ, Apelação Cível 2004.001.34678, Rel. Des. Maria Augusta Vaz, 21.6.2005.

No caso concreto, o novo uso da imagem assumiu conotação puramente publicitária, mantendo só muito remotamente sua finalidade informativa original. Sobressaiu com clareza a necessidade de tutela da personalidade do retratado. Há, contudo, hipóteses mais delicadas, como a do caso *Lebach*, célebre precedente da jurisprudência alemã.

Às vésperas da libertação de um dos condenados pelo homicídio de soldados alemães que guardavam um paiol de armas, uma emissora de televisão decidiu realizar um documentário sobre o crime ocorrido muitos anos antes.[16] Apreciando ação judicial movida pelo detento, o tribunal constitucional alemão decidiu pela prevalência da tutela da personalidade do condenado frente à liberdade de informação. Sustentou, em síntese, que (i) se tratava de informação televisiva repetida (ii) sobre um delito grave, (iii) que não correspondia a um interesse atual de informação, e (iv) que colocava em efetivo risco a ressocialização do autor. A veiculação do documentário foi, assim, proibida pelo Poder Judiciário alemão.

O resultado, contudo, é raro. Não por razões jurídicas, mas práticas. Muitas vezes, o retratado só vem a ter conhecimento da indevida utilização da sua imagem após a divulgação. A tutela inibitória se afigura, nessas hipóteses, impossível, porque a lesão já foi perpetrada. Resta ao retratado o direito à reparação do dano moral decorrente do uso indevido da imagem.

16 Dano à imagem e o caso Maitê Proença

A apropriação indevida da imagem de certa pessoa configura, por si só, dano indenizável. O dano por uso indevido de imagem independe de atentado à honra ou à privacidade do retratado. Trata-se, como já tantas vezes repetido, de direito autônomo. Não é necessário, portanto, para a obtenção de indenização por dano à imagem que o retratado demonstre qualquer efeito "negativo" da veiculação da sua representação exterior. O dano decorre simplesmente do uso desautorizado, mesmo que sua repercussão possa ser "favorável" ao retratado.

Tampouco se deve exigir do retratado a prova de qualquer impacto de ordem emocional, como dor, sofrimento, humilhação e outras expressões que têm feito estrada na jurisprudência brasileira em torno da noção de dano moral. Entender diversamente significa consagrar precedentes judiciais insólitos como o que envolveu a atriz Maitê Proença. O caso foi mencionado no primeiro capítulo deste livro, mas vale a pena repisá-lo. A atriz posou para a revista *Playboy* e autorizou a

[16] BVerfGE 35, 202. Para uma descrição do caso em inglês, consultar o *site* do Institute of Global Law (<www.ucl.ac.uk/laws/global_law/index.shtml>). O caso Lebach é analisado em detalhes por Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 95-98.

publicação das fotografias naquele veículo. Para seu espanto, as mesmas fotografias foram divulgadas, sem seu consentimento, em jornal carioca de grande circulação. A atriz promoveu, então, ação judicial por danos materiais e morais decorrentes do uso indevido da sua imagem. A indenização por dano moral foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao argumento de que "só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não".[17]

Prosseguiu a decisão com assustadora riqueza de detalhes:

> "Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado."[18]

A mais bonita e a mais midiática das celebridades conserva integralmente seu direito à imagem, como manifestação irrenunciável da sua própria condição humana. A repercussão que o uso indevido gera sobre a esfera emocional do retratado, alegrando-o ou entristecendo-o, não assume qualquer relevância para fins de configuração do dano à imagem, decorrente do simples uso desautorizado da imagem alheia.

Registre-se que a finalidade da reparação é compensar o retratado pelo dano sofrido da maneira mais ampla possível. Não se esgota, portanto, no pagamento do valor em dinheiro. É lícito ao retratado pleitear todas as medidas cabíveis para a superação dos efeitos da violação ao seu direito de imagem, como a apreensão de exemplares de jornais ou a retirada de circulação de fotos ou vídeos divulgados na internet. Não há dúvida, contudo, de que o ambiente virtual representa especial desafio na tutela do direito de imagem. É o que se passa a demonstrar.

17 Imagem na internet e o chamado *happy slapping*

Câmeras digitais embutidas em aparelhos de celular, *webcams*, circuitos internos de vigilância eletrônica, *zooms* de alcance interminável... É longa a lista de

---

[17] *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, nº 41, p. 184-187.

[18] Registre-se que o acórdão foi reformado, por apertada maioria, no Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 270.730/RJ, 20.12.2000). Sobre o tema, ver Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à Pessoa Humana*, cit., p. 141-192.

aparatos que facilitam a captação e registro da imagem alheia. Ao mesmo tempo, a internet permite a difusão anônima dessas imagens em escala planetária. Espaço privilegiado para a livre circulação de ideias, a internet não se compadece com qualquer forma de filtragem ou controle prévio do seu conteúdo. Vídeos e imagens podem ser livremente lançados em uma variedade amplíssima de *sites* e portais. Mesmo *a posteriori*, o rastreamento e a supressão dessas imagens e vídeos se mostra extremamente difícil. Na internet, o dano à imagem é, frequentemente, irreversível.

Recorde-se, a título ilustrativo, o caso do adolescente que, munido apenas de um computador com *webcam*, registrou por minutos o contato mais genuíno entre ele e sua namorada, que ignorava a existência da câmera. O vídeo foi difundido na internet e os graves danos causados à menina podem ser verificados na declaração do representante do Ministério Público, que reconheceu, na ocasião, a absoluta impossibilidade de retirar o filme da rede mundial, "pois ele virou uma espécie de *cult* entre os pedófilos e circula nos mais diversos *sites*, desde estrangeiros até nacionais. Nós o encontramos em páginas de luta livre e até no Orkut".[19]

Embora, nesse caso, a imprensa brasileira tenha centrado fogo sobre a "perda de valores" da juventude atual, uma análise mais detida não pode deixar de reconhecer que o problema não está tanto em um esvaziamento dos valores do passado, mas na constituição de uma situação fática para a qual aqueles valores não se afiguram mais suficientes. A indiscrição de um adolescente em relação às suas conquistas amorosas não era, em épocas passadas, uma conduta incomum, mas sua repercussão restringia-se a alguns poucos amigos que davam crédito ou não (normalmente, não) a um relato verbal, mais ou menos exagerado. O caso narrado revela uma realidade bastante diversa: artefatos simples, a que quase todos têm acesso, permitem o registro eletrônico com detalhamento irrefutável da intimidade mais profunda de uma menina, sem qualquer possibilidade de reparação efetiva.

O cerne do problema não está na deterioração dos valores tradicionais, mas na sua flagrante insuficiência diante das novas tecnologias que, sem prejuízo da sua imensa utilidade, tornam extremamente vulneráveis a imagem, a privacidade e a intimidade alheias. Essas novas tecnologias exigem uma nova cultura, capaz de fazer frente à crescente exposição do ser humano. Vivemos uma era decisiva, em que cada sociedade precisa decidir como lidar com essa nova realidade. Podemos continuar assistindo passivamente, com mero constrangimento, à invasão desautorizada da esfera alheia ou podemos estabelecer novos padrões de comportamento, éticos e jurídicos. A sociedade precisa definir qual será a sua reação da próxima vez que alguém sacar do bolso um celular para filmar um *show*, uma aula, um acidente de

---

[19] José Messias Xavier, Jovem é suspeito de exibir sexo com namorada em *site*, publicada na *Folha Online* (<www.folha.com.br>), em 2.7.2005.

trânsito ou uma simples conversa de botequim. Quais são os limites dessa atitude? Quais são os parâmetros que a tornam aceitável ou inaceitável?

O tema tem sido muito discutido no Reino Unido, onde as autoridades britânicas assistem, espantadas, à escalada nos números relativos ao *happy slapping*. Prática adotada por grupos mais arredios de adolescentes, o *happy slapping* consiste em esbofetear aleatoriamente um passante, enquanto um comparsa filma a agressão com um aparelho celular ou uma câmera. As imagens são, em seguida, difundidas mundialmente, em *sites* dedicados ao "tema". O *slapping*, que nem de longe é *happy* para a vítima, vem despertando no meio jurídico britânico acesa preocupação com o uso que vem sendo dado às novas tecnologias por adolescentes e crianças.[20]

O debate é importante e tem atraído a atenção da comunidade jurídica. Tribunais de todo o mundo têm se deparado com um número cada vez maior de conflitos decorrentes das relações virtuais. É o que ocorre também no Brasil. Nascidos e formados em tempos anteriores ao advento da internet, a maioria dos Desembargadores e Ministros dos tribunais superiores não tem, naturalmente, grande intimidade com o universo virtual. Isso não impede que sejam capazes de se informar sobre as tecnologias envolvidas em cada caso concreto e decidir com prudência e acerto. Alguns precedentes têm revelado, contudo, certo despreparo do Judiciário brasileiro para lidar com os novos desafios cibernéticos. Caso emblemático foi aquele que envolveu a modelo Daniela Cicarelli.

18 O caso Cicarelli

Paparazzo é o nome do imortal personagem interpretado por Walter Santesso no filme *La Dolce Vita*, de Federico Fellini (1960). A palavra foi incorporada a diversos idiomas para designar os fotógrafos de celebridades. Invertendo os papéis usuais, os *paparazzi* acabaram se tornando o centro das atenções ao iniciarem uma perseguição pelas ruas de Paris, que culminou com a morte trágica da Princesa Diana e de seu namorado, Dodi Alfayed. Duas semanas antes, o tabloide *Globe* havia publicado seis páginas de fotos do casal em férias e anunciado aos leitores ter pago cerca de US$ 210 mil pelas imagens.[21]

Bem mais discreta foi a atuação do paparazzo que flagrou a intimidade praiana da modelo Daniela Cicarelli. Enquanto se divertia com seu namorado em uma praia da Espanha, Daniela foi capturada pelas lentes de um cinegrafista à longa distância.

---

[20] Confira-se a reportagem de Mark Honigsbaum, Concern Over Rise of "Happy Slapping" Craze – Fad on Filming Violent Attacks on Mobile Phone Spreads, publicada no *Guardian* em 26.4.2005.

[21] Sobre o tema, ver a reportagem de Richard Zoglin, Hey, Wanna Buy Some Pix?, publicada na revista *Time*, em 24.6.2001 (<www.time.com>).

O filme foi editado, recheado de frases picantes e lançado no *site* Youtube, que permite o compartilhamento gratuito de vídeos em escala mundial.[22] Tornou-se, rapidamente, um dos mais acessados pelo público brasileiro. A indiscrição foi conduzida ao Poder Judiciário, em ação inibitória movida pelo casal em face da companhia Youtube Inc., entre outras, com o objetivo de interromper a divulgação daquelas imagens.

Em criticada atitude, o Tribunal de Justiça de São Paulo ordenou liminarmente o bloqueio do acesso ao *site* Youtube como um todo. A decisão deflagrou protestos de milhares de internautas, no Brasil e no exterior.[23] Diante da forte repercussão negativa, a corte reviu sua decisão preliminar, de modo a restringir a proibição à veiculação daquele vídeo específico que retratava a modelo.[24] O julgado, todavia, tornou-se um símbolo dos efeitos perigosos da falta de domínio das novas tecnologias pelo Poder Judiciário.

Se o Poder Judiciário parece não ter compreendido bem os aspectos tecnológicos do caso Cicarelli, a sociedade civil parece não ter compreendido bem os seus aspectos jurídicos. Não foram poucas as vozes que se ergueram para afirmar que o comportamento desinibido da modelo implicava "autorização tácita" para a divulgação do vídeo. A divulgação foi defendida como uma espécie de sanção à conduta reprovável da moça.[25] As questões, todavia, não se confundem.

Se o comportamento do retratado merecer reprovação, o ordenamento jurídico (no caso, o espanhol) oferece sanções próprias para tanto, até de natureza penal em casos de maior gravidade, sempre com a observância do devido processo legal e da ampla defesa do interessado. Coisa inteiramente diversa é a divulgação da imagem, que não pode ser usada como meio de punição pela conduta imprópria. Sob o prisma jurídico, tal pena seria flagrantemente inconstitucional. Sob o prisma ético, representaria um contrassenso, pois acabaria por propagar o mal causado, permitindo que todos os usuários da rede mundial, incluindo crianças e adolescentes, continuassem a ter livre acesso ao comportamento considerado reprovável.[26]

---

[22] Inaugurado em dezembro de 2005, o *site* www.youtube.com tornou-se rapidamente um dos mais acessados da internet. Menos de um ano após o lançamento, matéria publicada em *O Globo Online*, 31.8.2006, informava que o *site* "atualmente computa mais de 100 milhões de vídeos vistos [...] A cada 24 horas, os internautas jogam no YouTube 65 mil novos arquivos de vídeo com 2 a 45 minutos de duração cada um. Só nos Estados Unidos, o número de visitantes já passa de 20 milhões."

[23] Ver a matéria *Sites Estrangeiros Ridicularizam Bloqueio do YouTube no Brasil*, publicada no *site* da *BBC* Brasil em 9.1.2007.

[24] TJSP, Agravo de Instrumento 488.184-4/3, 28.6.2007.

[25] Foi, aliás, a linha seguida pela sentença judicial, segundo a qual "os autores deveriam ter maturidade suficiente para suportar as consequências de seus atos" (23ª Vara Cível do TJSP, 18.6.2007). Apesar da sentença, a antecipação de tutela concedida por meio do já citado Agravo de Instrumento foi mantida, tendo o tribunal reiterado a ordem de bloqueio do vídeo.

[26] Sobre o tema, seja consentido remeter a Anderson Schreiber, *Cicarelli e a Privacidade Perdida*, *Globo Online*, em 4.7.2007.

A dura reação da sociedade civil parece ter desconsiderado ainda um outro aspecto: o peso desempenhado pela tecnologia na captação da imagem. Uma análise fria do vídeo revela que os frequentadores da praia parecem não perceber a troca de intimidades entre Daniela e seu namorado. Reforça-se a suspeita de que a coisa toda aconteceu de modo bem mais discreto do que sugere o filme, editado eletronicamente por um profissional, com clareamentos e aprimoramentos que permitem enxergar na tela detalhes invisíveis a olho nu. Como destacou, na ocasião, Bruno Lewicki:

> "Estes fatores, a bem da verdade, acabam por falar a favor do casal, cujos gestos não pareceram chamar a atenção dos circunstantes ou representar conduta em desacordo com as normas informais que regem a convivência dos frequentadores daquele local. Amplificado pelo foco profissional da câmera-algoz, porém, o que era uma ligeira indiscrição adquire contornos quase épicos." [27]

O peso das novas tecnologias não pode ser ignorado. Uma imagem captada no entardecer, à longa distância, pode ser ampliada, "corrigida", de modo a se suprir a precária iluminação natural. Com isso, um afago à meia-luz pode acabar convertido em uma cena de alta definição e impactante clareza. Tais recursos devem ser levados em conta por juízes e desembargadores na análise dos conflitos derivados do uso não autorizado da imagem alheia. Além disso, os tribunais devem ter em mente a extraordinária repercussão que assume, na realidade contemporânea, a circulação de imagens e vídeos na Internet, podendo, no extremo, marcar para sempre a vida de uma pessoa.

19 O caso Nissim Ourfali

Para celebrar o *Bar Mitzvah* de Nissim Ourfali, seus pais contrataram uma empresa especializada em elaborar filmes comemorativos. No filme, o menino de 13 anos aparece como protagonista de um videoclipe de uma versão cômica e em português da música "*What makes you beautiful*" do grupo One Direction. O videoclipe exibe, sempre com viés humorístico, fotos da vida de Nissim, incluindo viagens para Israel e para a Praia de Baleia, no litoral de São Paulo. O filme foi postado no YouTube pelos próprios familiares de Nissim com o propósito de torná-lo acessível a amigos e parentes distantes. Foi, contudo, descoberto pelos internautas e se tornou uma febre no mundo virtual, alcançando um número absolutamente espantoso de acessos. Discotecas do Rio de Janeiro e São Paulo passaram a tocar aquela versão

---

[27] Realidade Refletida: Privacidade e Imagem na Sociedade Vigiada, *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, p. 212.

da música e o videoclipe passou a ser objeto de paródias na rede, incluindo montagens com Silvio Santos e Bart Simpson no papel de Nissim Ourfali.

A família de Nissim passou a receber telefonemas diários de empresas e agências interessadas em explorar sua imagem. Para se preservar, Nissim, representado por seus pais, propôs ação judicial contra a gestora do *site* YouTube, pleiteando a retirada do videoclipe com base na proteção de seu direito à imagem e à intimidade. O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela, ao argumento de que o material havia sido colocado espontaneamente no *site*. Confira-se o inteiro teor da decisão:

> *"Pelo que compreendo da emenda à inicial, o vídeo de que participa o autor foi postado espontaneamente em site público de compartilhamento de vídeos, não sendo o modo 'privado' óbice para que todos quantos tenham conta no referido site o acessem. A partir daí, ao que parece, o vídeo se disseminou pela internet, tal como se constata por pesquisa no Google pelo nome do autor, a qual retorna nada menos que 790 entradas a ele relativas (cf. impressão anexa). Frente a isso, é para mim duvidosa a possibilidade técnica de retirada da internet de todos os caminhos de acesso que a essa altura se estabeleceram ao vídeo em questão, sendo certo que disseminação descontrolada de conteúdo é característica da internet (da qual, talvez pela novidade ainda de sua existência, boa parte dos usuários não tem consciência). Assim é que, embora compreenda sob aspecto humano a situação em que se encontra o autor, não vejo de plano possibilidade de estabelecer obrigação de fazer, mormente de conteúdo aberto como pretendido, para a requerida, convindo seja por primeiro aberto o contraditório. Assim, indefiro, por ora, o pedido de antecipação de tutela."*[28]

Embora o argumento possa parecer convincente à primeira vista – a voluntária colocação do vídeo em um *site* como o YouTube denota autorização tácita (quando não expressa) do retratado para sua livre disponibilização aos usuários do mesmo *site* –, casos assim envolvem frequentemente aspectos que o Poder Judiciário não pode deixar de levar em consideração, mesmo em sede de antecipação de tutela. Em primeiro lugar, o videoclipe tem como protagonista um menor, de 13 anos de idade, que, além de ser merecedor de especial proteção à luz da ordem constitucional brasileira, é considerado, a rigor, absolutamente incapaz para a prática dos atos da vida civil, incluindo a concessão de autorização para a exibição da sua imagem. O ato exigiria representação, formalidade que, por características próprias da Internet, não é normalmente solicitada de quem posta vídeos e fotos em *sites* coletivos.

Mesmo que a autorização do retratado tivesse sido concedida de modo válido e inquestionável, é evidente que, naquele caso concreto, o ato de colocação do vídeo

[28] TJSP, Procedimento Sumário 0192672-12.2012.8.26.0100 (583.00.2012.192672), 1ª Vara Cível – Foro Central Cível, distribuído em 18.9.2012.

na rede, embora voluntário, acabou ganhando repercussão inesperada, distanciando-se de sua finalidade original. Aqui, o Poder Judiciário não pode correr o risco de ser demasiadamente severo, deixando de levar em conta uma certa falta de conhecimento de pessoas não habituadas ao mundo virtual sobre os riscos envolvidos na circulação de vídeos e imagens pela Internet. A imensa repercussão do videoclipe de Nissim Ourfali seguramente não foi prevista pela sua família, de modo que a iniciativa de pleitear a retirada do vídeo é medida não apenas legítima, mas louvável à luz da necessidade de preservação da intimidade do menino. Se a percepção dos pais sobre os riscos envolvidos foi tardia, tal "erro" de avaliação não pode servir de obstáculo à tutela dos seus direitos. Afinal, o que justificaria a continuada exposição do menino se ele já manifestou expressamente sua intenção de não ter o vídeo exposto? Nissim não assinou contrato, nem recebeu qualquer contraprestação pela exibição da sua imagem. A colocação do vídeo na rede foi provavelmente um ato irrefletido e casual. Não se vislumbra, nessas circunstâncias, interesse merecedor de tutela que se contraponha ao seu direito de preservar sua imagem e intimidade, já bastante exposta por seu próprio (e reconhecido) equívoco.

Ao Poder Judiciário cumpre alcançar esse delicado equilíbrio: por um lado, manter-se atualizado para compreender o funcionamento das novas tecnologias, que vão se tornando parte do cotidiano de todos nós; por outro lado, não perder a sensibilidade para examinar a situação de pessoas que, por vezes, desconhecem ou não refletem sobre os riscos envolvidos no uso dessas novas tecnologias e que acabam, nesse contexto, surpreendidas por efeitos inesperados. Esse é um dos grandes desafios que a tutela do direito de imagem impõe aos juristas no novo milênio.

20 Proteção da imagem no novo milênio: um desafio real

Em fevereiro de 2007, Helen Mirren obteve o Oscar de melhor atriz por sua atuação no filme *A Rainha*, de Stephen Frears. O filme retrata o esforço da monarca britânica para manter a discrição em meio ao espetáculo criado pela mídia em torno da morte da Princesa Diana. Passado um mês da cerimônia do Oscar, o tabloide inglês *The Sun* estamparia a foto do herdeiro do trono britânico, príncipe William, abraçado a uma jovem brasileira em uma casa noturna, sob a manchete: "Ele apalpa o seio da garota... Não contem a Kate."[29]

---

[29] No original: "*He grabs club girl's boob... don't tell Kate*" (*The Sun*, edição de 27.3.2007). A moça sobre a qual repousava a mão boba negou, em entrevista ao *O Globo Online*, que tivesse havido qualquer espécie de abuso por parte do príncipe William: "Ele nem colocou a mão no meu peito direito" (*O Globo Online*, 28.3.2007).

A matéria se referia a Kate Middleton, então namorada do príncipe. Já à época considerada forte candidata a futura rainha da Inglaterra, Kate era constantemente perseguida por jornalistas e *paparazzi*. Ciosa da sua privacidade, Kate chegou a apresentar queixas formais à *Press Complaints Commission*, comissão que analisa as reclamações contra a imprensa britância.[30] O romance, que acabaria por se converter em casamento, chegou a ser interrompido e a própria imprensa britânica reconheceu, na ocasião, que a pressão provocada sobre Kate pela intensa atenção da mídia fora uma das principais razões para a ruptura.

Casos assim evidenciam que ninguém está a salvo do uso indevido da sua imagem. Em uma sociedade marcada pela exposição pública e pela transmissão de informações em tempo real, a tutela do direito de imagem apresenta dificuldades marcantes. Como já destacado, não é raro que o retratado só tome conhecimento da lesão *a posteriori*, quando sua imagem já foi empregada pelos meios de comunicação. Por sua vez, promover uma ação judicial para a reparação pelo dano causado pode resultar em uma exposição ainda maior da imagem que se pretendia preservar.

Some-se a isso a crescente voracidade de fotógrafos e cinegrafistas – reflexo, obviamente, da ânsia do próprio público – por imagens que exponham a intimidade de pessoas célebres ou o sofrimento alheio. A atitude invasiva outrora peculiar dos tabloides ingleses encontra, hoje, paralelo na imensa maioria dos países ocidentais. Em todo o mundo, revistas especializadas revelam bem mais que as "caras" de pessoas famosas, alimentando o progressivo interesse de leitores pelo cotidiano das celebridades. O direito à imagem parece condenado a violações sistemáticas, sem que a ordem jurídica tenha se mostrado capaz, até o momento, de oferecer instrumentos eficientes para sua proteção. Ao contrário, a maior parte da comunidade jurídica parece satisfeita em se limitar a disponibilizar ao lesado a via tortuosa da ação reparatória.

Daí a importância de algumas soluções inovadoras que começam a surgir a partir da atuação da própria imprensa. Exemplo inspirador é o da própria Kate Middleton. Sensibilizada com o drama vivido pela moça, a companhia *News International*, proprietária de diversos jornais britânicos, proibiu de modo categórico a publicação de fotos de Kate tiradas por *paparazzi*. A atitude, bem mais eficiente que qualquer provimento judicial, teve como escopo proteger a imagem e a privacidade da futura rainha, reinstituindo um clima de civilidade no âmbito da imprensa britânica.

Soluções centradas sobre a autorregulamentação da imprensa se fazem, hoje, cada vez mais necessárias. A definição interna dos limites da notícia no âmbito de cada meio de comunicação e de cada empresa jornalística costuma ser bem mais

---

[30] Namorada do príncipe William faz queixa formal por assédio, notícia publicada no *site* da *BBC Brasil* em 29.3.2007.

eficaz que a intervenção do poder público, sempre vista com preocupação diante do risco de censura. Compete à própria imprensa assumir a responsabilidade pela difusão criteriosa das imagens e notícias que são transmitidas à sociedade, especialmente em uma realidade marcada pela abundância de dados que, colhidos em todo o globo, são despejados diariamente, em tempo real, sobre os destinatários da comunicação. O desenvolvimento de mecanismos cotidianos de captação da imagem, associado ao incremento de meios anônimos de difusão, sobretudo através da internet, geram um caleidoscópio de imagens não autorizadas com o qual a imprensa não deve competir, mas ao qual deve decididamente se opor.

Para muito além de um mecanismo reprodutor de informações, os veículos de comunicação devem se investir, em definitivo, da tarefa verdadeiramente social de selecionar os temas que ingressam no debate público. Mais que uma enxurrada de dados, a imprensa deve fomentar a discussão dos temas relevantes para o desenvolvimento da sociedade na qual se insere, contrapondo opiniões e entendimentos, sob pena de testemunharmos a circulação de "jornais mudos", na expressão consagrada por Umberto Eco.[31]

A banalização das matérias jornalísticas conduz, inevitavelmente, à banalização do público que as lê. Quando o registro fotográfico do novo *affair* de uma atriz de Hollywood ganhar mais destaque no noticiário noturno que as decisões políticas nacionais, não tardará para que o tal *affair* seja considerado efetivamente mais importante. Como *locus* de debate entre opiniões divergentes, plurais, que se refletem sobre a sociedade e sobre os seus valores, os meios de comunicação devem consistir não no violador sistemático e irrefletido dos direitos da personalidade, mas no primeiro *front* para a tutela da imagem alheia.

[31] Em novembro de 2006, em uma forma muito original de protesto, os jornais italianos saíram, por diversos dias, sem a assinatura de seus autores. Na ocasião, declarou Umberto Eco: "um jornal diário serve agora para revestir os fatos de opiniões. É o que solicitamos dele hoje, e se trata de opiniões sobre os fatos, queremos saber quem expressa aquela opinião [...] Por isso, um jornal que faz greve eliminando as assinaturas se torna mudo" (Umberto Eco, *Para que servem os jornais*, revista *Entrelivros*, ano 2, nº 23, p. 82).

5 Direito à Privacidade

Dentro de mim eu me eremito.

(Manoel de Barros, *O Livro de Bernardo*)

1 A privacidade na era do Grande Irmão

Foi uma aula memorável. O jovem professor de Direito Civil dissertou por quase duas horas sobre a importância do direito à privacidade. Depois, a convite dos alunos, desceu para um bar lotado a fim de acompanharem, todos juntos, a final da décima edição do *Big Brother Brasil*. Sem dar atenção às contradições humanas, o *reality show* alcançou, naquela noite, 43 pontos de audiência, batendo todos os recordes da televisão brasileira. O segundo lugar teve apenas 9 pontos.

O nome *Big Brother* foi extraído, como se sabe, da obra de George Orwell. Em seu célebre *1984*, o Grande Irmão é um ditador enigmático e onipresente, que tudo observa. No regime totalitário imaginado por Orwell, a privacidade é uma aspiração quase impossível. Até mesmo as ideias e sonhos dos cidadãos são vigiados por uma Polícia do Pensamento. Os críticos do regime são obrigados a "duplipensar", pensar simultaneamente em ideias contraditórias, para camuflar aquilo em que realmente acreditam. Por toda parte, o partido dominante relembra aos governados que o "*Big Brother is watching you*".

1984 foi escrito no ano de 1948. A visão de Orwell sobre o futuro pareceu ao público aterrorizante, mas possível. A experiência dos regimes autoritários europeus estava ainda muito viva na memória dos leitores. O que ninguém deve ter imaginado é que, passadas algumas décadas, a expressão-símbolo da vigilância *orwelliana* seria usada para designar um programa de entretenimento difundido em todo o mundo. No programa, a supressão da privacidade não é fruto de um ato ditatorial, mas resultado da vontade declarada dos seus participantes, selecionados

entre milhares de pessoas que não veem problema em se expor inteiramente, durante semanas, para tentar ganhar o prêmio prometido pelos organizadores do *show*.

O sucesso do programa não advém, contudo, das dezenas de pessoas que se expõem a cada nova edição, mas dos milhões de espectadores que também não veem qualquer problema em observar a intimidade alheia durante algumas horas por semana. Milhares desses espectadores pagam uma certa quantia mensal para bisbilhotar a vida dos participantes 24 horas por dia. Nesse aspecto, as profecias de Orwell falharam: não é o *Big Brother* que está nos vigiando, mas justamente o contrário.

É evidente que o direito está aqui muito distante da realidade. Enquanto casais trocam carícias em uma casa cercada de câmeras que transmitem a cena para todo o Brasil, o Código Civil declara que "a vida privada da pessoa natural é inviolável" (art. 21) e que o exercício da privacidade, como dos demais direitos da personalidade, não pode sofrer qualquer "limitação voluntária" (art. 11). Quem se apega à letra da lei não compreende como é possível que aquelas imagens sejam veiculadas na televisão.

A verdade é que o Código Civil brasileiro deu à privacidade um tratamento inadequado. Em primeiro lugar, dedicou um único artigo à matéria, cuja importância se renova a cada dia na sociedade contemporânea. Nesse dispositivo solitário, o legislador limitou-se, como se verá mais adiante, a um enunciado genérico, que não acrescenta rigorosamente nada ao que já se encontrava previsto na Constituição. Perdeu, assim, a oportunidade de oferecer parâmetros para a solução de diversos conflitos concretos ligados à tutela da privacidade.

Não bastasse isso, empregou a expressão *vida privada*, revelando certa indiferença à recente evolução do conceito de privacidade, que abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo da intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais. Sobre esse último aspecto, a codificação não trouxe uma palavra sequer. Não é exagero dizer que o Código Civil ignorou a vasta amplitude do tema, cuja compreensão é essencial para perceber o importante papel reservado à tutela da privacidade no século XXI.

2 Evolução do direito à privacidade

Se comparado a outros direitos da personalidade, como a honra, o direito à privacidade é de evolução bem mais recente. Aponta-se como seu marco inicial o artigo *The Right to Privacy*, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*, revista jurídica da prestigiosa faculdade norte-americana. O artigo, escrito em coautoria pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis, teria sido motivado pelo destaque

exagerado, embora não difamatório, que os jornais de Boston reservavam à vida social da mulher de Samuel. Essa motivação explica o sentido essencialmente individualista que assumiu, no texto, o direito à privacidade, apresentado como um "direito a ser deixado só" (*right to be let alone*).

De fato, em sua formulação inicial, o direito à privacidade identificava-se com a proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano. Tratava-se, em essência, de um direito à intimidade. É visível, nesse primeiro momento da privacidade, uma forte influência do modelo proprietário: "não se entra na propriedade, não se entra na vida privada".[1] Do mesmo modo que o direito à propriedade permitia repelir o esbulho dos bens materiais, a privacidade permitia afastar a interferência alheia sobre a vida íntima de cada um.

Note-se que, nessa concepção inicial, a proteção à privacidade assumia uma conotação puramente negativa, porque, assim como a propriedade, impunha aos outros tão somente um dever geral de abstenção (não fazer). As semelhanças não param por aí: tal qual a propriedade, a privacidade era vista como uma aspiração excluída do horizonte das classes operárias e dos marginalizados. Albert Bendich chegaria a afirmar que "pobreza e privacidade são simplesmente contraditórias".[2] E a privacidade acabaria identificada com um direito da "era de ouro da burguesia", limitado às pessoas ricas e famosas, preocupadas em manter sua vida íntima a salvo da bisbilhotice alheia.

Esse cenário começa a se alterar a partir da década de 1960. O desenvolvimento tecnológico e a consequente multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais, acabam por estimular um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea. Tais informações passam gradativamente a ser utilizadas no tráfego social para as finalidades mais variadas. Como adverte Danilo Doneda:

> "nossos dados, estruturados de forma a significarem para determinado sujeito uma nossa representação virtual – ou um *avatar* –, podem ser examinados no julgamento de uma concessão de uma linha de crédito, de um plano de saúde, a obtenção de um emprego, a passagem livre pela alfândega de um país, além de tantas outras hipóteses".[3]

Em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações, o direito à privacidade deve se propor a algo mais que àquela finalidade inicial, restrita à proteção da vida íntima. Deve abranger também o direito da pessoa

---

[1] Stefano Rodotà, *Intervista su Privacy e Libertà*, Paolo Conti (Org.), Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 8.

[2] *Privacy, Poverty and the Constitution – Report for the Conference on the Law of the Poor*, University of California, Berkeley, 1966, p. 4.

[3] *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais. Mais sutil, mas não menos perigosa que a intromissão na intimidade doméstica de uma pessoa, é a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva, no preenchimento de um cadastro de hotel ou no acesso a um *site* qualquer da internet. O uso inadequado desses dados pessoais pode gerar diversos prejuízos ao seu titular. Que o diga Álvaro Zeferino.

3 Vida Zeferina

Álvaro Zeferino, técnico em refrigeração, trabalhava há quase 30 anos em uma fábrica de sorvetes em Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul. Levava uma vida tranquila até que oficiais de justiça começaram a bater à sua porta para cobrar dívidas de mais de meio milhão de reais. "É um pesadelo, porque eu não sei dessa dívida, nunca fiz", garantiu o técnico. As dívidas eram de uma boate do Rio de Janeiro. A documentação da sociedade apontava Zeferino, que só tinha uma casa de madeira, como um dos seus sócios. O número de CPF era verdadeiro, mas a assinatura era falsa. Instado a se pronunciar sobre o caso, um delegado de polícia explicou, na ocasião, que qualquer pessoa poderia ser vítima do golpe: "Infelizmente, hoje é muito fácil você conseguir esses dados. Ou através da internet ou mesmo da venda de CDs de diversas empresas que têm esses dados. Você cria uma nova identidade e com isso pode fazer basicamente o que quiser."[4]

O assustador vaticínio se confirma no cotidiano das grandes cidades, onde CDs contendo cadastros de dados pessoais são vendidos em plena luz do dia, por preços módicos. No centro de São Paulo, por exemplo, uma equipe de reportagem encontrou, em meados de 2010, ambulantes vendendo CDs com dados pessoais de usuários de operadoras telefônicas, de contribuintes da Receita Federal e de beneficiários do INSS.[5] O fato ganhou as páginas dos jornais na mesmíssima semana em que juristas discutiam, em seminário realizado no Rio de Janeiro, a elaboração de um projeto de lei federal e a criação de uma entidade governamental específica para a proteção de dados pessoais.

4 Privacidade como proteção de dados pessoais

O direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras: o

---

[4] *Mecânico tem Dados Roubados e Fica com Dívida de R$ 685 mil*. Reportagem disponível no *site* do programa Fantástico (<http://fantastico.globo.com>).

[5] Reportagem publicada em 26.5.2010 no *site* G1-SP, sob o título *CDs vendidos no Centro de SP têm dados sigilosos de consumidores*.

direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um de ser "deixado só" ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais.

Viola a privacidade, portanto, não apenas o *voyeur* que se vale de uma luneta para captar a intimidade de sua vizinha, mas também a companhia que, ao ter acesso ao endereço e número de telefone fornecidos por um cliente, aliena esses dados pessoais para outra empresa, de ramo diverso, sem qualquer consulta ou autorização do seu titular, que passa a receber mensagens publicitárias enviadas em série pela adquirente.[6] Do mesmo modo, sofre violação em seu direito à privacidade quem é incluído em certo cadastro, sem autorização, ou quem tem seu pedido de financiamento recusado por força da consulta a sistema de dados cujo acesso é negado ao próprio interessado.

Como se vê, a tutela da privacidade, nessa nova acepção, não se contenta com a proibição à intromissão alheia na vida íntima (dever geral de abstenção). Impõe também deveres de caráter positivo, como o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo. A privacidade exige, nas palavras de Stefano Rodotà, "um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos", como resultado "de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade – de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser construída".[7]

Embora a privacidade possa ser definida como o direito ao controle da coleta e da utilização das próprias informações pessoais, sua real importância não pode ser compreendida na observação isolada de cada dado pessoal. A obtenção de um número de telefone ou de um endereço de *e-mail*, vista de modo fragmentado, pode parecer inofensiva. Reunindo-se, contudo, um conjunto de informações disponíveis sobre certa pessoa, é possível classificar tais informações de acordo com critérios estipulados pelo organizador dos dados para construir "perfis" de consumidores, segurados, empregados, devedores e assim por diante. Tais "perfis" guiam decisões, ações e estratégias de entidades privadas e públicas. Toda a complexidade da pessoa humana, em sua singular individualidade, fica reduzida à inserção em uma

---

[6] Ver, mais adiante, neste mesmo capítulo, item especificamente dedicado ao problema do *spam*.

[7] Stefano Rodotà, *A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje*, cit., p. 17.

ou outra "categoria", como fruto da sua representação virtual a partir de dados coletados de modo autorizado ou não.

Imagine-se, por exemplo, que uma certa companhia colete em redes sociais (Orkut, Facebook etc.) dados sobre os candidatos selecionados para uma entrevista de emprego. Pode a companhia se valer desses dados para eliminar certo candidato que se declara integrante de um movimento sindical ou membro fanático de uma torcida organizada. O mesmo candidato pode ser eliminado até por razões mais pueris, como uma frase infeliz publicada na internet ou uma foto mais ousada, postada por ele ou não, que possa sugerir "comportamento incompatível com o perfil da empresa". O destino da pessoa humana acaba decidido não com base na sua real personalidade, mas com base na representação virtual que é construída a partir de dados pessoais coletados de modo mais ou menos aleatório.

A partir desse breve panorama, pode-se dividir a rica problemática da privacidade em duas dimensões: (i) uma dimensão procedimental, que se ocupa do modo como é obtido e tratado o dado pessoal; e (ii) uma dimensão substancial, que se detém sobre o próprio uso que se faz do dado pessoal, o que implica, muitas vezes, em violações a outros direitos da personalidade. Cada uma dessas dimensões merece exame em separado.

5 Dimensão procedimental da privacidade

A dimensão procedimental da privacidade se exprime, em primeiro lugar, na coleta da informação pessoal. A coleta clandestina ou desautorizada de informações pessoais deve ser repelida. É nesse sentido que se emprega normalmente a expressão *invasão de privacidade*. Se, no passado, a vedação à intromissão alheia identificava-se com o espaço doméstico do lar, como esfera de intimidade da pessoa a salvo do Estado e da coletividade, hoje sua aplicação ampliou-se imensamente.

De um lado, o advento de telefones celulares, computadores portáteis, caixas de *e-mail*, páginas pessoais na internet e outras inovações dissipou as fronteiras entre a casa e a rua, permitindo que cada pessoa literalmente "carregue consigo" a sua intimidade. De outro lado, novos meios técnicos de coleta de informações pessoais (circuitos de vídeo-vigilância, exigências de cadastramento prévio etc.) exigem uma proteção da privacidade que desconheça limites físicos, afigurando-se apta a proteger a pessoa em todos os múltiplos ambientes em que atua. Aqui, como no tocante ao direito de imagem, não há outro caminho senão a forte ênfase na autorização do titular como requisito para a obtenção de seus dados pessoais, dispensando-a apenas naquelas hipóteses em que a ponderação entre a privacidade e outros interesses constitucionalmente protegidos justifiquem a dispensa de autorização.

A dimensão procedimental da privacidade não se restringe, contudo, ao problema da coleta não autorizada de informações pessoais. A vida contemporânea é marcada por um intercâmbio permanente de dados, a partir de mecanismos técnicos desenvolvidos para a realização de simples operações cotidianas, como o uso de um cartão de crédito, o *check-in* em um hotel ou a abertura de uma conta-corrente. Nesse cenário, a coleta de um conjunto mínimo de informações pessoais de qualquer ser humano tornou-se faticamente inevitável.

A tolerância com essa coleta não implica, contudo, em "alienação" do dado pessoal. Vale dizer: os dados pessoais não podem ser tratados como bens patrimoniais, que, uma vez fornecidos, podem ser livremente utilizados pelo destinatário ou retransmitidos para quem quer que seja. O fato de alguém fornecer seu endereço ou número de telefone, ao realizar cadastramento que o *site* de uma companhia aérea impõe como etapa necessária para a aquisição do bilhete, não significa que o passageiro "cedeu" aqueles dados para a empresa ou concordou com sua utilização para quaisquer fins. Muito ao contrário: a presunção é a de que concordou tão somente com aquele uso específico e imediato, confiando no armazenamento seguro da informação e na limitação da sua utilização ao exclusivo propósito daquela operação econômica.

Daí a importância de uma tutela abrangente da privacidade, que não se limite a controlar a coleta de dados pessoais, mas que se estenda por todas as fases do processo informativo, impondo uma verificação séria de autenticidade dos dados fornecidos, seu armazenamento seguro, a verificação periódica de sua atualidade, sua utilização limitada à finalidade específica para a qual os dados foram fornecidos, sua destruição quando cumprida a aludida finalidade, o permanente acesso do titular aos dados coletados para fins de conhecimento ou correção, e assim por diante. São procedimentos impostos pelo direito à privacidade.

6 Dimensão substancial da privacidade

Para além da dimensão procedimental, vinculada ao tratamento dispensado ao dado pessoal desde sua coleta até a sua eliminação, a privacidade possui uma dimensão substancial, vinculada ao próprio emprego da informação obtida. Toda pessoa tem direito a controlar a representação de si mesma que é construída a partir de seus dados pessoais. É direito de toda pessoa exigir que tal representação reflita a realidade, impedindo que seu uso assuma caráter discriminatório.

A preocupação, a rigor, não é nova. Já se encontrava presente no pensamento de Louis Brandeis, coautor do célebre *The Right to Privacy*. Enquanto Samuel Warren, um "conservador de cunho tradicional, mostrava-se interessado somente nos privilégios da alta burguesia, encarando com ressentimento a ação da imprensa à caça de escândalos políticos e mundanos", Louis Brandeis era um "liberal-progressista",

que, "ainda que preocupado com a privacidade das pessoas de maior projeção, enfatizava o dano que poderia derivar das indiscrições jornalísticas às minorias intelectuais e artísticas, podendo provocar o aumento da impopularidade destas".[8] Brandeis, que seria indicado em 1916 para a Suprema Corte dos Estados Unidos, onde se destacaria como um de seus membros mais atuantes, já enxergava a privacidade de modo mais abrangente, como um importante *front* contra a discriminação que pode decorrer da captação e do uso de informações pessoais.

A violação à privacidade pode, nesse sentido, servir de instrumento à violação de outros direitos fundamentais, como a liberdade religiosa, a liberdade sexual, a liberdade de pensamento, e assim por diante. Como adverte Rodotà:

> "o enorme aumento da quantidade de informações pessoais coletadas por instituições públicas e privadas visa sobretudo a dois objetivos: a aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, por parte dos poderes públicos, e o desenvolvimento de estratégias empresariais privadas; e o controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante ou aos comportamentos prevalecentes. Evocar a defesa da privacidade assume, portanto, significados diversos, dependendo de qual seja o objetivo perseguido através da coleta das informações."[9]

Veja-se o exemplo da *No-Fly List*.

7 O exemplo da *No-Fly List*

Os atos terroristas que abalaram os Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 tiveram uma vítima mais discreta: a privacidade. A alegada necessidade de intensificar a segurança do povo americano serviu de justificativa para intensos atentados à privacidade perpetrados, sem qualquer constrangimento, pelo Governo Bush. O polêmico *USA Patriot Act*, aprovado em outubro daquele ano, deu ares de legitimidade à espionagem e ao cerceamento de liberdades civis, tudo com base no discurso falacioso de que maior segurança exige menor privacidade. É exatamente o contrário. A redução da proteção à privacidade conduziu, nos Estados Unidos a uma crescente sensação de insegurança, calcada em medidas governamentais assustadoras, como a invasão de domicílios, a instalação indiscriminada de escutas telefônicas e o monitoramento de *e-mails* e *sites* da internet.[10]

---

[8] Stefano Rodotà, *A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

[9] Stefano Rodotà, *A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje*, cit., p. 29.

[10] Sobre o tema, há vasta produção na última década. Para um bom exemplo, ver John Gilliom, *Overseers of the Poor: Surveillance, Resistance and the Limits of Privacy*, Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

Faceta pitoresca dos excessos nesse campo foi a composição da *Terrorist Watch List*, listagem que contém os nomes daqueles passageiros que, por representarem risco para a segurança norte-americana, devem ser impedidos de embarcar em aviões ou submetidos a medidas adicionais de controle. Apelidada de *No-Fly List*, a listagem acabou por abranger nomes como o do Professor Walter Murphy, emérito acadêmico da Universidade de Princeton, cuja única razão de suspeita consistia em ter dirigido severas críticas às medidas implementadas pelo Governo Bush no combate ao terrorismo. Em seu relato do acontecimento, o Professor Murphy registrou a curiosa pergunta que lhe foi feita por um funcionário da companhia aérea após checar sua identificação: "O senhor esteve em alguma marcha pela paz? Nós banimos muitas pessoas de voar por essa razão."[11]

Exemplo ainda mais curioso foi o do fuzileiro naval Daniel Brown. Retornando uniformizado do Iraque, onde havia combatido por oito meses, Daniel foi impedido, durante escala no aeroporto de Los Angeles, de embarcar em um voo para sua terra natal, Minneapolis. Seu nome fora localizado na lista. Os fuzileiros que o acompanhavam recusaram-se a partir até que o impasse fosse resolvido. Em uma inusitada reedição do companheirismo militar, o sargento que comandava o grupo reuniu seus subordinados no saguão do aeroporto e declarou à imprensa: "Nós não deixamos ninguém para trás. Nós começamos juntos e terminamos juntos."[12]

Não se deve incorrer no equívoco de imaginar que problemas assim são típicos da sociedade norte-americana. Também no Brasil a privacidade tem sofrido ameaça constante e uma injustificável paralisia do legislador ordinário tem deixado envelhecer o promissor tratamento que a Constituição de 1988 reservou à matéria.

8 Privacidade no direito brasileiro: um voo interrompido

A Constituição brasileira de 1988 ocupou-se com admirável atenção do direito à privacidade. Além de mencioná-lo expressamente entre os direitos fundamentais (art. 5º, inciso X), o Constituinte inovou ao prever, entre os remédios constitucionais, o precioso instrumento do *habeas data*:

> "Art. 5º [...]
>
> LXXII – conceder-se-á *habeas data*:
>
> a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

---

[11] Naomi Wolf, *Fascist America, in 10 easy steps*, *The Guardian*, 24.4.2007.

[12] "No-fly" List Delays Marine's Iraq Homecoming, reportagem da *Associated Press*, publicada em 12.4.2006.

> b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo."

Figura original na experiência jurídica, o *habeas data* apresenta-se como instrumento utilíssimo para evitar e corrigir violações à privacidade.[13] Sua matriz constitucional exprime a mais atual concepção da privacidade, como direito ao controle dos dados pessoais. O remédio veio a ser regulado pela Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, que acrescentou às finalidades constitucionais uma outra: a de promover a "anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável" (art. 7º).

A marcha promissora e criativa do direito brasileiro na proteção à privacidade deteve-se, contudo, por aí. O voo auspicioso do texto constitucional não alcançou o Código Civil de 2002, nem qualquer dos diplomas normativos editados na última década. Excessivamente abstrata, a regulamentação da privacidade permaneceu nas nuvens dos comandos genéricos. E o Código Civil cometeu o disparate de dedicar um único artigo ao tema.

9 O art. 21 do Código Civil

Como a honra e a imagem, a privacidade encontra proteção no mais elevado patamar da ordem jurídica. O mencionado art. 5º, inciso X, da Constituição alude expressamente à inviolabilidade da "intimidade" e da "vida privada", assegurando "o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Do legislador ordinário esperava-se que desenvolvesse o comando constitucional, especificando-o, de modo a regular situações mais corriqueiras e oferecer remédios para violações mais frequentes. Em vez disso, o Código Civil de 2002 preferiu se limitar a repetir, em seu art. 21, que a vida privada é inviolável, enunciado de duvidosa utilidade diante do já disposto no texto constitucional:

> "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

A norma diz muito pouco para o seu tempo. Como já se enfatizou em relação aos direitos da personalidade em geral, o desafio atual da privacidade não está na sua afirmação, mas na sua efetividade. A mera observação da vida cotidiana revela que, ao contrário da assertiva retumbante do art. 21, a vida privada da pessoa

---

[13] Para mais detalhes, ver Danilo Doneda. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*, cit., p. 326-337.

humana é violada sistematicamente. E, às vezes, com razão. O passageiro compelido a permitir a inspeção de sua bagagem de mão pelo raio-X de um aeroporto tem violada a sua privacidade, mas compreenderá com facilidade que tal violação justifica-se, na situação concreta, pela ponderação com o direito de todos os passageiros, inclusive dele próprio, à segurança nos aviões e aeroportos. Por outro lado, se guardas do aeroporto de Miami decidem, como noticiou a imprensa internacional, inspecionar o gesso que envolve o braço quebrado de uma menina brasileira de 9 anos, então, ter-se-á na esfera privada da menor uma interferência excessiva, injustificada, ilegítima.[14]

Embora simples, esses exemplos revelam que a privacidade se sujeita, como qualquer outro direito da personalidade, a ponderações que, à luz das circunstâncias concretas, a fazem ora prevalecer, ora ceder passagem a outros interesses que, também voltados à realização e desenvolvimento da pessoa humana, mostram-se merecedores de igual proteção pela ordem jurídica. Falhou, portanto, o art. 21 do Código Civil ao declarar a tão solene quanto irreal inviolabilidade da vida privada. Melhor figura faria se ocupando das múltiplas manifestações da privacidade, dos fatores relevantes para sua ponderação com outros interesses dignos de proteção, ou ainda dos instrumentos específicos a serem empregados na prevenção e solução dos conflitos mais frequentes nesse campo.

Passa-se a examinar, a título ilustrativo, alguns desses conflitos, no intuito de se enfrentar, a partir dos casos práticos, os múltiplos aspectos de que se reveste o direito à privacidade na sociedade contemporânea.

10 Privacidade das estrelas: todo mundo em *Pânico*

Maradona recusou-se a vestir as "sandálias da humildade" e recebeu como presente um exemplar do filme *Pelé Eterno*. "Para aprender a jogar futebol", explicou-lhe um dos repórteres do programa humorístico *Pânico na TV*. Ao longo dos últimos anos, as sandálias da humildade foram entregues a diversas celebridades consideradas "arrogantes" pela produção do programa. No afã de convencer a atriz Carolina Dieckmann a vesti-las, os repórteres do *Pânico* passaram a persegui-la em seus afazeres diários. A perseguição alcançou seu ápice em agosto de 2005, quando os repórteres compareceram à residência da atriz, munidos de um guindaste e um megafone.

Carolina promoveu ação judicial contra a rede de televisão responsável pela veiculação do programa, com base na acintosa violação da sua privacidade e de outros

[14] Sobre o caso, informou Ancelmo Góis no jornal *O Globo*, edição de 21.8.2005: "Veja a que ponto chegou a paranoia americana. Uma brasileirinha de 9 anos foi minuciosamente revistada por dez minutos no aeroporto de Miami porque desconfiaram do... gesso em seu braço!"

atributos da sua personalidade. O pedido foi julgado procedente não apenas para condenar a emissora ao pagamento de indenização de R$ 35.000,00, mas também para "proibir que o Réu exiba a imagem da autora, faça referência ao seu nome ou exiba a imagem ou faça referência ao local onde reside, em sua programação, sob pena de multa incidente sobre cada inserção indevida, de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)".[15] A sentença destacou a existência de expressa recusa da atriz em participar do quadro humorístico, recusa desrespeitada pelos repórteres da emissora:

> "A reação da pessoa que foi vítima de uma brincadeira pode ser boa ou ruim; optando por 'entrar na brincadeira', a situação se esgota no próprio episódio da graça; no entanto, se o sujeito recebe o gracejo como ofensa pessoal, é de se averiguar, então, se sua reação encontra-se dentro dos limites impostos pela situação social concreta, pelas regras do grupo social em que convive. A brincadeira é saudável quando todos os participantes se divertem em alguma medida; quando um deles se sente ofendido em sua dignidade, a brincadeira se transmuda em achincalhe. No caso dos autos, fica evidente que a Autora foi eleita pelos apresentadores do Réu como 'alvo por excelência' do programa, do quadro e, ao cabo, da programação da rede televisiva. No entanto, a Autora foi clara e precisa, quando abordada inicialmente, ao manifestar sua vontade de que não queria fazer parte do quadro ou do programa exibido pelo Réu, não desejando emprestar sua imagem, sob qualquer ótica ou pretexto, para ser veiculada na programação do Réu."[16]

Se a profissão ou o sucesso de uma pessoa a expõe ao interesse do público, o direito não deve reduzir, mas assegurar, com redobrada atenção, a tutela da sua privacidade. Como se destacou no tocante ao direito à imagem, o fato de certa pessoa ser célebre – equivocadamente chamada de "pessoa pública" – não pode servir de argumento a legitimar invasões à sua privacidade, aí abrangidos não apenas o espaço doméstico de desenvolvimento da sua intimidade, mas também os mais variados aspectos do seu cotidiano e de sua vida privada. Tampouco o fato de se estar em "local público" pode ser invocado como circunstância autorizadora da violação à privacidade.

11 Privacidade em lugar público

A invasão de privacidade já alcançou o Supremo Tribunal Federal. Ao contrário do que se poderia imaginar à primeira vista, não se faz referência aqui a algum

---

[15] A íntegra da sentença, proferida pelo juiz Rogério de Oliveira Souza, da 20ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pode ser lida na matéria publicada em 28.7.2006 na Revista Eletrônica *Consultor Jurídico*, <www.conjur.com.br>, sob o título Sandálias da Humildade.

[16] Idem.

dos precedentes examinados pela corte, mas à captação e divulgação de diálogo mantido por *e-mail* por dois Ministros durante importante sessão de julgamento. A troca de mensagens, captada pela câmera potente de um repórter que acompanhava a sessão, foi divulgada na imprensa, expondo o confidencial intercâmbio de impressões sobre o caso em exame, incluindo cifradas especulações sobre os votos dos demais Ministros, um deles referido simplesmente como "o Cupido".[17]

O episódio, que não despertou paixões no Supremo Tribunal Federal, evidencia como ninguém está a salvo de violações à sua privacidade. Nos jornais do dia seguinte, o conteúdo dos *e-mails* assumiu importância bem maior que o fato de sua captação não ter sido autorizada. Os poucos debates em torno da invasão de privacidade desaguaram, mais uma vez, no desgastado argumento do "lugar público". Ora, a exemplo do que ocorre com o direito de imagem, o direito à privacidade não se restringe ao ambiente doméstico. Ninguém deixa em casa sua privacidade quando sai à rua. O simples fato de um local ter acesso aberto ao público não significa que tudo que seja dito ou praticado por uma pessoa em tal espaço possa ser legitimamente divulgado em cadeia nacional. Ninguém está autorizado a captar com tecnologias de ponta o que uma pessoa cochicha a outra em praça pública e divulgar o diálogo nas redes de televisão.

Também aqui, o que deve ser analisado não é o caráter público ou privado do local, mas a expectativa de privacidade em torno do ato captado naquelas circunstâncias concretas. O político que abre sua casa para uma coletiva de imprensa não pode ostentar expectativa de privacidade em relação ao que declara aos jornalistas, ainda que em ambiente privado. Do mesmo modo, uma sala de audiências consiste seguramente em local de acesso aberto ao público, mas nem por isso se pode assumir como legítima a captação de mensagens ou comentários trocados naquele ambiente por meio de computadores, com evidente convicção de confidencialidade. Entender o contrário é declarar o fim da privacidade de quem quer que saia pela porta de casa, transformando em realidade o mundo vigiado de George Orwell.

Determinante não pode ser, de modo algum, o aspecto meramente estrutural do local (público ou privado) onde as palavras vêm captadas, mas, repita-se, a consciência e a expectativa de quem ali se encontra. Tome-se como exemplo o quadro *Jogo Falado* exibido por certa rede de televisão, que pedia a especialistas em leitura labial que revelassem a todo o país o teor do que o então técnico da seleção brasileira de futebol, Carlos Alberto Parreira, dizia aos seus jogadores e aos demais integrantes da comissão técnica durante os jogos da Copa do Mundo de 2006. Se a revelação dos berros de motivação aos jogadores não assusta, espanta que se tenha

---

[17] Roberto Stuckert Filho; Alan Stuckert, et al., *Ministros do STF especulam sobre votação no processo do mensalão*, veiculada em 23.8.2007, disponível no *site* do jornal *O Globo* (<*oglobo.globo.com*>).

divulgado, com igual desenvoltura, o que o técnico murmurava com seu assistente Zagallo. Como registrou atenta doutrina, a reclamação do técnico, "dando conta de que havia considerado sua privacidade invadida, foi minimizada pela esmagadora maioria da opinião pública, a qual julgou que ele, por ser uma figura notória e por estar em local público, não deveria ter se melindrado tanto".[18]

O critério do lugar público representa verdadeira subversão do que deveria ser o debate em torno da privacidade. Afigura-se especialmente cruel em situações onde se empregam artifícios inesperados, como a leitura labial do que é dito no ambiente teoricamente reservado de um banco de reservas ou nos túneis de acesso ao campo. Aqui, como em outros setores do direito, a expectativa do retratado deve assumir papel central, preservando-se, à luz da boa-fé objetiva, um ambiente compatível com a lealdade recíproca e a mútua confiança. A captação e divulgação de qualquer manifestação pessoal do sujeito sem o seu consentimento devem ser admitidas apenas em caráter excepcional, quando justificadas por outros interesses merecedores de tutela à luz do ordenamento jurídico. Nesses casos, impõe-se uma ponderação criteriosa, que admita o sacrifício da privacidade apenas se necessário (e na exata medida do que for necessário) para a realização de outro interesse que, nas circunstâncias do caso concreto, afigure-se ainda mais relevante sob o prisma constitucional.

12 O caso Luanópolis e os limites da condenação

O direito de sátira consiste, como já visto em capítulo anterior, em uma manifestação legítima da liberdade de expressão, tutelada em sede constitucional. Atores, ministros, políticos, atletas, técnicos de futebol e qualquer pessoa comum podem ser objeto de brincadeiras na vida social. Para fazer rir, contudo, ninguém precisa violar a privacidade, devassar a intimidade ou submeter à exposição pública pessoas que não concordaram em participar do espetáculo.

Em outro caso judicial protagonizado pela equipe do programa *Pânico na TV*, os incansáveis repórteres da emissora viajaram até a cidade-natal da atriz Luana Piovani: Jaboticabal. Lá, com a participação de políticos locais, simularam, a título jocoso, a discussão pública de um projeto de lei que visava alterar o nome da cidade para Luanópolis, projeto que acabava rejeitado pela maioria da população. A reportagem visitou lugares frequentados pela atriz durante a sua infância e fez menção a diversos fatos de sua vida, referindo-se também ao seu então namorado, o ator Dado Dolabella. O casal promoveu ação judicial contra a emissora, que, a exemplo do que ocorreu no caso Carolina Dieckmann, acabou condenada a indenizar os

[18] Bruno Lewicki, *Realidade Refletida: Privacidade e Imagem na Sociedade Vigiada, RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, p. 211.

danos decorrentes, dentre outros fatores, da violação à privacidade. A emissora foi condenada também a "abster-se de perseguir os autores, não exibindo sua imagem nem utilizando seus nomes em sua programação humorística, vedada referência verbal ou exibição dos imóveis onde residem, tampouco podendo mencionar quem tenha vínculo familiar com os mesmos".[19]

A condenação em obrigação de não fazer, impondo aos veículos de informação o dever de não mencionar a vítima, é medida imposta no afã de desestimular novos conflitos envolvendo a violação à privacidade de celebridades. O ideal, contudo, é que a obrigação negativa não seja fixada de modo amplo e genérico, mas venha limitada a certos programas da empresa jornalística, ou ainda a certos fatos ou aspectos da vida da vítima, de modo a não configurar restrição excessiva à liberdade de imprensa. Outra forma de garantir a razoabilidade da medida é fixar um lapso temporal para a vedação (*e. g.*, por 90 dias). Tais cuidados permitem assegurar uma solução equilibrada na sempre difícil ponderação entre o direito à privacidade e a liberdade de informação.

13 Privacidade e biografia: as memórias do Rei

Fomentado por alguns setores da mídia e da indústria do *show business*, o culto invasivo às celebridades acaba por gerar um inusitado subproduto: torna "preciosas" aquelas estrelas que zelam pela sua privacidade. A salvo dos holofotes, consolida-se a reputação de grandes ídolos, como o escritor José Rubem Fonseca, notoriamente avesso a entrevistas e que teria chegado a declarar a um amigo jornalista: "Tudo o que eu tenho a dizer está nos meus livros."

Também reservado, o cantor Roberto Carlos acabou tendo que vir a público, em 2007, para explicar sua decisão de requerer ao Poder Judiciário a proibição da circulação de biografia escrita sem a sua autorização. O livro *Roberto Carlos em Detalhes*, que descreve minuciosamente adversidades enfrentadas pelo Rei ao longo de sua trajetória, incluindo o acidente que lhe tolheu a perna e o falecimento da sua mulher, Maria Rita, acabou recolhido das livrarias por força de um acordo celebrado com a editora Planeta. Sobre o acordo, declarou o autor da biografia: "Foi um acordo bom para a Planeta, foi muito bom para o Roberto Carlos. E ruim para mim, para a história, o público e o mercado editorial."[20]

O episódio suscitou a reação de biógrafos e editores. Não faltaram afirmações no sentido de que "biografia é história e a história não pertence às pessoas – história

---

[19] Sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível 2008.001.14793, Rel. Des. Francisco de Assis Pessanha, 4.6.2008.

[20] Entrevista de Paulo César de Araújo à *IstoÉ Online*, em 9.5.2007. Disponível em: <www.istoe.com.br>.

é de domínio público".[21] Fernando Morais chegou a aludir ao "ressurgimento de uma censura togada no Brasil"[22] e o editor Luiz Schwarcz afirmou que "o personagem público faz parte da nossa história e o proprietário da história do Brasil é a sua população. O que está acontecendo é que estamos sendo expropriados de um bem".[23] O escritor Paulo Coelho, tema ele próprio de um sem-número de biografias não autorizadas, considerou "infantil" a atitude de Roberto Carlos e declarou: "Estou pronto para defender minha honra, mas não vou perder um minuto do meu dia telefonando para um advogado e tentando saber o que posso fazer para defender a minha vida privada, *já que ela já não me pertence*."[24]

O risco de um retorno à "censura" não se afigura menos assustador que a ideia de que a vida privada de pessoas famosas pertence não a elas próprias, mas à sociedade. Em ambos os casos, um suposto interesse coletivo passa a autorizar a integral supressão ao exercício de um direito fundamental da pessoa: no caso da censura, suprime-se a liberdade de expressão do autor; no caso da irrestrita exposição pública, suprime-se a privacidade do biografado. O problema, como se vê, é delicado e envolve riscos extremos. O Código Civil não se ocupou especificamente do assunto, mantendo o vácuo normativo que aflige o setor.

Atualmente tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei que pretendem tratar das biografias não autorizadas. Ambos se propõem a acrescentar ao art. 20 do Código Civil, relativo ao direito de imagem, um parágrafo adicional, com a seguinte redação:

> "Art. 20. [...]
>
> § 2º A mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade."

É fácil perceber que o acréscimo não resolve o problema. Embora o art. 20 exija, em regra, a autorização da pessoa para a divulgação da sua imagem, da sua voz e de seus escritos, o próprio dispositivo reconhece que há exceções, às quais

---

[21] Declaração de Alberto Dines na matéria *Roberto Carlos e a Biografia não Autorizada: um Novo Censor nas Paradas*, de Karla Candeia, em 16.5.2007 (disponível no *site* <www.cultura.gov.br>).

[22] Declaração de Fernando Morais em entrevista ao Fantástico, em 27.5.2007. A expressão tem sido utilizada recorrentemente pelo escritor, cujo livro *Na Toca dos Leões*, sobre a trajetória da agência de publicidade W/Brasil, foi retirado de circulação por polêmica decisão da 7ª Vara Cível de Goiânia, no âmbito de ação proposta pelo deputado Ronaldo Caiado, um dos mencionados na obra.

[23] Ver, novamente, *Roberto Carlos e a Biografia não Autorizada: um Novo Censor nas Paradas*, de Karla Candeia, em 16.5.2007 (disponível no *site* <www.cultura.gov.br>).

[24] Declaração publicada em *O Globo Online*, em 3.5.2007, sob o título *Paulo Coelho Chama Roberto Carlos de Infantil por Vetar Biografia*.

os tribunais acrescentam outras tantas, especialmente no exercício das liberdades constitucionais de informação e de expressão artística ou intelectual. Em outras palavras: basta interpretar o art. 20 à luz da Constituição para perceber que a ausência de autorização não impede juridicamente a edição de biografias, do mesmo modo de que não impede a circulação de jornais. A melhor jurisprudência já caminha nesse sentido, limitando-se a impedir a circulação naquelas hipóteses em que verificada efetiva violação à privacidade, à imagem ou à honra do biografado.

Os projetos de lei existentes erram, portanto, o alvo. Nenhum deles evitará que as ações judiciais continuem acontecendo e que o público continue privado de excelentes biografias enquanto decisões liminares estiverem em curso.[25] Melhor seria que o legislador se preocupasse em indicar as circunstâncias relevantes para a ponderação entre a privacidade do biografado e a liberdade de expressão do biógrafo, dando um norte para a atuação dos juízes, do corpo jurídico das editoras e dos advogados que atuam nessa área.

14 Parâmetros de ponderação em casos de biografia não autorizada

Exigir prévia autorização para qualquer biografia poderia significar a própria extinção do gênero. Sobre o risco, adverte o historiador José Murilo de Carvalho: "Confesso que quando vejo na capa de um livro 'biografia autorizada', eu não abro o livro. Não tem valor: a biografia autorizada é uma fraude porque está dizendo que o biógrafo está escrevendo aquilo que o biografado gostaria que ele escrevesse."[26] Por outro lado, não resta dúvida de que o direito incontestável do público à informação limita-se aos aspectos públicos da vida da celebridade biografada. Tudo que transpasse essa fronteira pode possuir, sim, uma utilidade informativa, relacionada à formação do caráter e da personalidade do ídolo, mas tal utilidade deve ser cuidadosamente ponderada em face da proteção à privacidade do retratado.

A vida privada de Paulo Coelho lhe pertence e, ainda que o Mago decida fazê-la desaparecer, o truque deve ser, na medida do possível, um ato próprio e consciente, fruto do exercício da sua autonomia privada, não uma imposição do Estado ou da sociedade como um todo. Qualquer pessoa, famosa ou não, tem direito à privacidade, que, em sua acepção mais antiga, corresponde ao direito de manter em segredo acontecimentos pessoais e sensações íntimas que não deseja tornar públicos. Da

---

[25] Há vários outros problemas nos projetos de lei, mencionados, como a restrição à "finalidade biográfica", que sugere, a *contrario sensu*, que a autorização seria indispensável para outros fins.

[26] Ainda uma vez, *Roberto Carlos e a Biografia não Autorizada: um Novo Censor nas Paradas*, de Karla Candeia, em 16.5.2007 (disponível no *site* <www.cultura.gov.br>).

ponderação desse direito com as liberdades de informação e expressão é que se extrairá a solução do caso concreto.

Primeira advertência: essa ponderação somente pode ser feita à luz da biografia em si e dos fatos que ela pretende divulgar. Deve-se resistir aqui à tentação de encontrar uma solução em abstrato, válida para todas as biografias que possam vir a ser escritas no futuro. É preciso analisar o caso concreto. Isso não quer dizer que todos os casos devam ser levados ao Poder Judiciário. A lei, a doutrina e a jurisprudência podem e devem estabelecer parâmetros de ponderação, isto é, circunstâncias relevantes que fazem a solução dos casos pender para a prevalência de um direito ou de outro.

São circunstâncias relevantes: (i) a repercussão emocional do fato sobre o biografado; (ii) a atitude mais ou menos reservada do biografado em relação ao fato; (iii) a importância daquele fato para a formação da personalidade do biografado (e, portanto, a necessidade da sua divulgação no âmbito da biografia); (iv) o eventual envolvimento de terceiros e seu grau de identificação no relato; (v) o formato da apresentação do fato, que pode ser mais ou menos sensacionalista; (vi) os riscos para outros direitos do biografado, como o seu direito à honra, que, como já visto, pode ser atingido indevidamente pela divulgação mesmo de fatos verdadeiros; e assim por diante.

Esses parâmetros poderiam constar da própria legislação, aproveitando-se os projetos de lei que se propõem a alterar a redação do Código Civil para dar efetiva solução ao problema, com a indicação expressa de critérios para a atuação judicial, em vez de simplesmente afirmar que a "falta de autorização" não impede a circulação de biografias. Não faltam, aliás, exemplos a serem estudados na legislação estrangeira, como o art. 79º do Código Civil português, o qual, sem embargo das suas imperfeições, procurou fixar diretrizes mais específicas para o trabalho das cortes judiciais nessa matéria.[27] À falta de previsão legal, a doutrina procura suprir, no Brasil, a omissão legislativa, como evidencia o Enunciado 279 aprovado na IV Jornada de Direito Civil:

> "A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações."

---

[27] "Art. 79º [...] Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente."

Se os parâmetros indicados no enunciado não chegam a ser tão específicos quanto os sugeridos neste livro, representam já uma iniciativa capaz de guiar, de modo geral, a atuação dos juízes, do corpo jurídico das editoras e dos advogados de biografados, prevenindo-se futuros conflitos. Ponto que merece, contudo, algum cuidado é o relativo à preferência por "medidas que não restrinjam a divulgação de informações". Embora invocada por autores de peso, a tal preferência não encontra amparo normativo no direito brasileiro. Se é certo que a restrição à circulação da obra representa uma medida extrema, a conservação da lesão à personalidade do biografado não encontra justificativa em nossa ordem constitucional, pautada pela tutela à dignidade humana. Vale dizer: concluindo-se que a privacidade do biografado deve prevalecer sobre a liberdade de expressão/informação no caso concreto, a retirada de circulação é medida cabível e até recomendável como fruto da ponderação.

Nem se pode falar, genericamente, em uma preferência pela publicação em casos de dúvida, porque é dever do magistrado proceder à ponderação a fim de determinar, no caso concreto, qual dos dois interesses igualmente protegidos há de prevalecer. A preferência pela publicação é solução simplista, que cria uma via de fuga para um dever constitucional de efetuar a ponderação exigida nesse gênero de conflitos. Se é certo que a restrição representa medida traumática para a editora e para o biógrafo, não seria menos drástica a decisão judicial que afirmasse que, mediante o pagamento de indenização, a lesão à privacidade pode continuar sendo perpetrada por meio da circulação da obra. Equivaleria isso a atribuir um preço à intimidade do biografado, com efeitos bem mais nefastos do que se pode perceber a princípio.

Por exemplo, não há dúvida de que a melhor saída para essa espécie de conflito seria a autorregulamentação, com as próprias editoras deflagrando a criação de uma espécie de código uniforme de conduta, a ser discutido e aprovado por representantes de todos os setores envolvidos, aí incluídos, por exemplo, representantes da classe dos biógrafos, representantes das celebridades e organismos voltados à proteção da privacidade. O mais natural é que essa iniciativa parta das editoras, polo mais organizado dessa relação. A iniciativa, contudo, não virá se houver uma preferência abstrata pela publicação, injustificável à luz da igual hierarquia entre os interesses conflitantes, a beneficiar justamente as sociedades que têm melhores condições de dar solução ao problema.

Todas essas questões, que não são nada simples, agravam-se quando o biografado é pessoa já falecida. De fato, as maiores controvérsias têm sido instituídas no campo das biografias póstumas. Também aqui é preciso extremo cuidado.

15 Proezas de Garrincha e a proteção *post mortem* da privacidade

"Precisa-se de um novo, que nos alimente o sonho." Foi a conclusão a que chegou Carlos Drummond de Andrade por ocasião da morte de Mané Garrincha.[28] Se, em vida, o "anjo das pernas tortas" encantou a todos com seus dribles e façanhas, tornando-se uma unanimidade nacional, o mesmo não se pode dizer da sua biografia póstuma. Festejada por inúmeros fãs de Garrincha, a obra *A Estrela Solitária*, de Ruy Castro, gerou polêmica no Poder Judiciário. É que, no entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a biografia não se limitou "a relatar o futebol de Garrincha, a habilidade que o tornou um mito mundial, suas proezas nos gramados e vitórias nos campeonatos; infelizmente foi muito além, invadindo a intimidade do cidadão Manoel dos Santos e apequenando a sua imagem [...] Nem mesmo a intimidade de sua vida familiar foi poupada".[29]

A decisão foi proferida em ação judicial movida pelas filhas do falecido jogador. Segundo as autoras, o livro "agride com tamanha violência a intimidade do ídolo mundial" que chega a descrever "de modo chulo" as "particularidades físicas da genitália de Garrincha, tudo isso com o objetivo de tornar atraente o livro e alcançar o lucro objetivado pela ré (editora) e seus sócios nessa lamentável empreitada".[30]

Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça analisou o caso, em sede de recurso, e concluiu que as filhas de Garrincha faziam jus à indenização por danos materiais e morais. No dizer da corte, não "deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta". A decisão, como se vê, acaba por tratar exclusivamente da honra e da imagem, perdendo a oportunidade de enfrentar diversos aspectos controvertidos em relação à proteção *post mortem* da privacidade.

Já se viu que, embora declarando intransmissíveis os direitos da personalidade em geral, o Código Civil atribuiu aos familiares do morto a legitimidade para a sua defesa póstuma. Foi o que fez no parágrafo único do art. 12, quando, ocupando-se dos direitos da personalidade em geral, mencionou como legitimados o "cônjuge

---

[28] *Mané e o Sonho*, texto publicado no *Jornal do Brasil* em 22.1.1983, dois dias após a morte do craque.

[29] Trecho da lavra do Desembargador Sergio Cavalieri Filho, ao relatar o agravo regimental interposto contra a liminar que concedeu, no âmbito de mandado de segurança, a busca e apreensão dos exemplares disponíveis ao público (transcrito no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial 521.697/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 16.2.2006, publicado em *RSTJ*, v. 201, p. 449).

[30] Notícia publicada no *site* do Superior Tribunal de Justiça (<www.stj.gov.br>), em 17.2.2006, sob o título *Companhia das Letras terá de Indenizar Herdeiras de Garrincha por Biografia*.

sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau". No parágrafo único do art. 20, o legislador voltou a cuidar do tema, dessa vez apenas no tocante ao direito de imagem, e voltou a mencionar os familiares, excluindo apenas (e sem qualquer razão aparente) o colateral. Para além da incongruência entre os dispositivos, tanto o parágrafo único do art. 12 quanto o parágrafo único do art. 20 pecam por um caráter excessivamente restritivo.

A crítica não deriva apenas de omissões pontuais, algumas flagrantes, como é o caso do companheiro ou companheira,[31] outras menos evidentes, como a situação daquele que falece, sem deixar cônjuge, ascendentes, descendentes ou parentes até o quarto grau. O erro é de perspectiva. Ao enumerar os legitimados para a defesa dos direitos da personalidade do morto, o Código Civil seguiu claramente a trilha do direito das sucessões. A semelhança com o rol da vocação hereditária (arts. 1.829 c/c 1.839) é inquestionável e a associação revela-se extremamente perigosa. No campo das biografias póstumas, são numerosos os conflitos deflagrados a partir do interesse puramente econômico de alguns herdeiros do falecido em receber parcela dos lucros derivados da obra. E a codificação acaba por corroborar essa postura ao nomear exatamente os herdeiros como legitimados para a defesa dos direitos da personalidade do morto.

Melhor seria que o Código Civil tivesse evitado essa associação indevida. A privacidade, a imagem, a honra da pessoa não são "coisas" que se transmitam por herança. São direitos essenciais cuja proteção é inteiramente distinta daquela reservada ao patrimônio. Solução mais adequada seria ter deixado as portas abertas à iniciativa de qualquer pessoa que tivesse "interesse legítimo" em ver protegida, nas circunstâncias concretas, a personalidade do morto. O sócio do falecido, o seu ex-pupilo, o seu antigo patrocinador, o seu empregado de toda a vida são personagens de quem a codificação não deveria retirar, *a priori*, a iniciativa de proteger postumamente os direitos da personalidade de quem parte. Nem mesmo entidades coletivas deveriam ser descartadas. Ao juiz seria possível coibir eventuais abusos na análise do "interesse legítimo" para cada ação judicial em particular, à semelhança do que já ocorre em outros campos do direito, como no tocante à intervenção de terceiro como assistente no processo civil.[32]

Adicionalmente, a título preventivo, o Código Civil poderia ter reservado os frutos pecuniários de eventual indenização por dano à personalidade do morto a associações beneficentes de que o morto fosse associado ou com as quais guardasse

---

[31] Daí ter sido aprovado durante a IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado 275, segundo o qual o rol dos legitimados "também compreende o companheiro".

[32] O Código de Processo Civil determina em seu art. 50: "Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la."

algum vínculo jurídico ou de afinidade. Assim, a iniciativa da demanda restaria desvinculada dos ganhos pecuniários dela advindos, desestimulando-se ações judiciais calcadas em falso altruísmo dos herdeiros.

Todas essas críticas gerais se aplicam, também, ao direito à privacidade. Até porque não raro são os próprios familiares que violam a privacidade do falecido, vasculhando sua intimidade, levantando dados, revirando fatos, conduzindo investigações, que transcendem os limites do estritamente necessário ao exercício dos seus próprios direitos. No que a privacidade difere dos demais direitos da personalidade, contudo, é no que oferece ao intérprete para a solução do problema. Com efeito, o art. 21 do Código Civil afirma, em sua parte final, que "o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

O termo *interessado* tem sido entendido, pela doutrina, como uma referência ao titular da privacidade ameaçada. Nada impede, contudo, que seja interpretado de modo mais extensivo, para abranger qualquer pessoa legitimamente interessada na defesa da privacidade daquele que já não pode mais fazê-lo, seja porque faleceu, seja porque se encontra ausente, ou ainda por qualquer outra razão, definitiva ou transitória, que o juiz considere relevante à luz do caso concreto. Como se vê, a redação do dispositivo que cuida da privacidade (art. 21) oferece ao intérprete uma oportunidade para ampliação do rol de legitimados à proteção póstuma daquele atributo da personalidade.

O leitor mais cético dirá que não há razão para que o rol de legitimados à defesa *post mortem* da privacidade seja mais amplo do que aquele previsto para a defesa da imagem ou dos demais direitos da personalidade. É verdade, mas o fato é que o próprio Código Civil não identifica um rol único. No parágrafo único do art. 12, inclui o colateral. No parágrafo único do art. 20, o exclui. No art. 21, alude a qualquer "interessado". Se não há razão para que os legitimados sejam distintos entre si, tal argumento pode e deve ser invocado em prol de uma ampliação generalizada, a partir de uma interpretação que considere como meramente exemplificativo o elenco contido nos dispositivos anteriores (arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único). Essa é a solução mais inclusiva, que permite a mais ampla tutela dos direitos da personalidade, em consonância com a sua matriz constitucional.

Independentemente de se concordar ou não com a tese exposta, o fato é que pode surgir divergência entre os múltiplos legitimados. Uma biografia, como a de Garrincha, pode representar para alguns de seus familiares intolerável intromissão na sua intimidade, enquanto para outros parentes, fãs ou amigos pode soar como mera descrição de casos e eventos que o próprio craque professava abertamente ou teria orgulho em difundir. Diante de controvérsias desse gênero, o juiz deve resistir à tentação de decidir o caso segundo a sua própria concepção de vida privada. É a

visão de mundo do falecido que deve ser ponderada com a liberdade de expressão do biógrafo, para se alcançar a solução do caso concreto.

Por exemplo, se uma biografia traz relatos que o próprio biografado contava às escâncaras ou se tais relatos difundem características que o biografado jamais escondeu, não há de se acolher pleito de familiares invocando uma suposta violação *post mortem* à sua privacidade. Ainda que o fato divulgado seja chocante para os parentes ou para o magistrado, é a própria pessoa, com seu singular estilo de vida, o único parâmetro seguro para a solução dessas controvérsias.

Não é incomum que pessoas célebres, especialmente artistas, possuam uma concepção de vida inteiramente diversa daquela que norteia os seus familiares, frequentemente mais conservadores e ortodoxos. Sendo a tutela da privacidade do morto, e não de seus familiares, o fundamento da ação judicial, há que se ater o magistrado à maneira de viver e pensar do falecido, para extrair do modo como conduziu sua existência pessoal os critérios aptos a segregar os aspectos públicos e privados da sua história.

Diversa, entretanto, será a situação em que o relato da vida do biografado traz ameaça ou violação direta à privacidade de certos familiares. Por exemplo, a descrição das infidelidades amorosas de falecido político pode repercutir diretamente sobre a privacidade da sua esposa ou de seus filhos, que têm direito pessoal a não sofrer exposição excessiva da sua intimidade. Se o fato assume relevância informativa para o público, correspondendo a exercício da liberdade constitucional de informar, ou se integra a liberdade de expressão do biógrafo em sua atividade literária, isso conduzirá à ponderação de interesses merecedores de igual proteção, consoante os parâmetros que já restaram indicados nos tópicos anteriores. Aí, contudo, a privacidade em jogo será a dos próprios familiares, não já a da pessoa falecida.

16 Privacidade e bancos de dados

Ninguém deve imaginar que a lesão à privacidade só afeta pessoas famosas, que são temas de livros ou programas de televisão. Trata-se, muito ao contrário, de ameaça que paira sobre todos nós. No caixa do supermercado, no balcão da loja de roupas, na agência bancária e em tantos outros locais que fazem parte do cotidiano das pessoas comuns, somos confrontados com a exigência de fornecimento de informações pessoais. Solicitadas muitas vezes como etapa imprescindível a uma compra ou serviço, tais informações passam a integrar um banco de dados, que é gerenciado e operado sem qualquer controle do titular das informações.

A massificação das relações sociais e econômicas torna cada vez mais difícil uma análise dessas informações em nível individual. Entidades públicas e privadas

valem-se com frequência cada vez maior de padronizações para avaliar a infinidade de casos individuais. Nesse cenário, os dados pessoais fornecidos de modo irrefletido ou capturados involuntariamente são usados na construção de "perfis", nos quais cada indivíduo acaba encaixado de acordo com características que o gestor das informações considera relevantes. Trata-se do chamado *data mining*, expressão utilizada para designar a atividade de extrair padrões de um determinado conjuntos de dados. Dessa constante prospecção resulta risco significativo à dignidade humana, na medida em que a complexidade do ser humano acaba reduzida a certo perfil comportamental, construído, no mais das vezes, sem qualquer participação ativa do próprio indivíduo.

Tais perfis podem ser usados para guiar decisões de caráter geral. Por exemplo, uma companhia pode se valer do "perfil do cliente" para decidir qual a melhor estratégia de marketing para um de seus produtos. Não raro, contudo, os perfis construídos a partir de bancos de dados são utilizados também para guiar decisões específicas, que afetam diretamente o indivíduo. Por exemplo, a inclusão de uma pessoa em certo "perfil de cliente" pode levar à negativa de um pedido de financiamento, à restrição de acesso a certo programa de incentivos ou à vedação de ingresso em certo país estrangeiro.

O Código Civil brasileiro incorreu em lamentável omissão ao deixar de se ocupar do tema relevantíssimo dos bancos de dados. O estrago só não é maior porque o Código de Defesa do Consumidor ocupa-se do assunto em seu art. 43:

> "Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.
>
> § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.
>
> § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.
>
> § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.
>
> § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.
>
> § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores."

O diploma consumerista procurou proteger a privacidade do consumidor nesse momento de particular vulnerabilidade.[33] Na omissão do Código Civil, não se pode deixar de estender a aplicação do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor a outros campos da vida em sociedade, já que a proteção à privacidade, base constitucional da disciplina ali traçada, transcende o setor das relações de consumo. Assim, a formação de cadastro de eleitores ou filiados a certo partido político ou de entrevistados em certa pesquisa de opinião, embora não se enquadrem estritamente no campo das relações de consumo, atraem a incidência analógica do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, não havendo qualquer razão para diferenciação do grau de tutela conferido pelo ordenamento jurídico em hipóteses tão semelhantes.

Para além da proteção instituída pelo art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, há outros deveres de conduta que incidem sobre quem capta ou utiliza informação alheia. Por toda a parte, juristas vêm se dedicando a construir mecanismos capazes de assegurar a proteção de dados pessoais, por meio de regras e princípios aplicáveis a esse campo cada vez mais importante da vida social.

17 Princípio da especificação dos propósitos

De extrema relevância é o chamado princípio da especificação dos propósitos.[34] Impõe, em síntese, que o propósito da coleta de dados pessoais seja sempre informado ao titular dos dados, vedando-se qualquer utilização para finalidade diversa da declarada. Assim, ao solicitar ao hóspede que preencha uma ficha cadastral, o hotel deve informar o motivo pelo qual está solicitando aqueles dados pessoais, os quais somente poderão ser utilizados para o propósito especificado.

O princípio da especificação dos propósitos, que não consta expressamente do nosso ordenamento jurídico, pode ser extraído da boa-fé objetiva, cláusula geral consagrada na codificação civil (arts. 187, 422 etc.). Além disso, a atividade legislativa mais recente marcha claramente nessa direção. Projeto de lei já submetido a consulta pública pelo Ministério da Justiça traz expressa menção ao princípio em seu art. 8º, inciso I, tratando-o pelo nome de "princípio da finalidade":

> "Art. 8º Os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais deverão atender, dentre outros, aos seguintes princípios gerais de proteção de dados pessoais:

---

[33] Sobre o tema, ver Leonardo Roscoe Bessa, *O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[34] Stefano Rodotà, *A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje*, cit., p. 14.

> I – Princípio da finalidade: a não utilização dos dados pessoais objeto de tratamento para finalidades distintas ou incompatíveis com aquelas que fundamentaram a sua coleta e que tenham sido informadas ao titular; bem como a limitação deste tratamento às finalidades determinadas, explícitas e legítimas do responsável [...]."

O nome importa pouco diante da utilidade da ideia. Sua aplicação permite evitar conflitos como aquele analisado em 2009 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, envolvendo consumidor que, após preencher cadastro em conhecida loja de departamentos, informando o valor de seus ganhos mensais para fins de obtenção de um financiamento na compra de certo produto, foi surpreendido pelo uso daquela mesma informação em ação de alimentos movida pela mãe de sua filha. A informação prestada com vistas ao financiamento havia sido repassada por um funcionário da loja à mãe da filha do autor, que se valeu do dado para pleitear majoração da pensão alimentícia. Alegando violação à sua privacidade, o autor propôs ação de indenização contra a loja, que acabou condenada ao pagamento de dez salários-mínimos. Destacou, na ocasião, o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "Nessas circunstâncias, tem-se que um preposto da ré, valendo-se do acesso às informações cadastrais dos clientes, repassou a terceira estranha e com fins sem qualquer ligação a outra relação de consumo, os rendimentos declarados pelo autor no ato da abertura de crediário junto à ré, em manifesto abuso do objeto cadastral em detrimento da privacidade do autor."[35]

O acórdão ilustra a importância de se exigir o comprometimento do receptor dos dados pessoais com a finalidade para a qual as informações são fornecidas. Trata-se de aspecto essencial da tutela da privacidade. Cumpre notar, todavia, que, se dados econômicos como a remuneração mensal merecem proteção, maior ainda deve ser a preocupação com os chamados dados sensíveis, vinculados a aspectos existenciais da pessoa humana.

18 Dados sensíveis e transexualismo

Na jurisprudência brasileira, a alegação de violação à privacidade surge com frequência em conflitos envolvendo quebra de sigilo bancário e fiscal. Se as cortes brasileiras têm reservado proteção às informações de cunho patrimonial, tutela mais intensa exigem os dados de natureza existencial, como decorrência da primazia que a Constituição assegura à dignidade humana. Com efeito, informações

---

[35] TJSP, Apelação Cível 355.607.4/0-00, Rel. Des. De Santi Ribeiro, 2.7.2009.

relacionadas à saúde, à ideologia política, à religião ou a outros aspectos íntimos da pessoa humana devem receber especial atenção da ordem jurídica.

Paradigmático nesse sentido é o Código Italiano de Proteção aos Dados Pessoais.[36] Ali, os dados sensíveis são definidos como "os dados pessoais capazes de revelar a origem racial e étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou de outro gênero, as opiniões políticas, a adesão a partidos, sindicatos, associações e organizações de caráter religioso, filosófico, político ou sindical, bem como os dados pessoais capazes de revelar o estado de saúde e a vida sexual".

Tais dados são tratados com maior rigor que outras informações pessoais, pelo risco mais intenso que seu uso e divulgação oferecem à personalidade humana. A tendência vem sendo seguida em diversos países e possivelmente acabará adotada também pela nossa legislação.

Em ocasiões específicas, contudo, nosso Poder Legislativo parece nadar contra a corrente. Tome-se como exemplo o projeto de lei que ainda tramita no Congresso Nacional "autorizando" as cirurgias de mudança de sexo, mas exigindo a inscrição da palavra *transexual* em documentos de identificação e no Registro Civil.[37] Tal proposta viola intensamente a privacidade do paciente, ao lançar no domínio público um dado sensível, que compreensivelmente a pessoa pretenderá, no mais das vezes, manter em sigilo. Quem defende a proposta alega uma suposta necessidade de proteger terceiros que venham a contrair vínculo familiar com o transexual, sustentando que tais pessoas teriam o "direito" de saber da alteração do sexo biológico. O argumento não prospera. Primeiro, porque a medida, a pretexto de informar o terceiro que venha a estabelecer vínculo familiar com o transexual, acaba dando publicidade ampla e irrestrita à alteração de sexo. Segundo, porque não compete ao legislador presumir que a prévia alteração do sexo biológico é circunstância que traz ao projeto familiar comum risco maior que outras tantas circunstâncias cuja publicidade não é exigida pelo projeto de lei e pela sociedade.

Com efeito, outros dados relativos ao caráter da pessoa, à sua vida pregressa, ao seu comportamento pretérito, também podem causar espanto a quem decidiu estabelecer com ela vínculo familiar e nem por isso se exige juridicamente a prévia divulgação de tais informações ao parceiro ou, pior, à sociedade em geral. Se a descoberta futura daquela informação abalar de modo insuperável o relacionamento, desfaz-se o vínculo familiar, como expressão da liberdade afetiva de cada um dos envolvidos. Não há qualquer razão jurídica para tratar de modo diverso o dado relativo à mudança do sexo biológico.

---

[36] Decreto legislativo 196, de 30.6.2003.

[37] Projeto de Lei 70/1995.

19 O caso Ashburn

As mesmas conclusões valem para informações relativas aos hábitos e opções sexuais de cada pessoa humana. Aqui, é preciso ter especial cautela com o argumento de que a divulgação de tais dados pode exprimir interesse público, sempre que se trate de pessoa que serve de exemplo à sociedade. Foi o argumento invocado em casos célebres, como o do ex-presidente norte-americano Bill Clinton e do jogador de golfe Tiger Woods. Nenhum caso, todavia, se presta melhor ao debate do que aquele que envolveu o senador norte-americano Roy Ashburn.

Ashburn ganhou notoriedade na política dos Estados Unidos como forte opositor dos direitos dos homossexuais. Divorciado e pai de quatro filhos, o senador foi detido no início de 2010, em Sacramento, ao sair dirigindo embriagado de um bar considerado "GLS". Pressionado pela mídia, o senador acabou revelando sua orientação homossexual. Aos seus eleitores, perplexos com a contradição, o senador explicou que continuaria a votar contra as leis pró-homossexuais, já que adotaria a conduta esperada pela fatia da população que o elegeu.[38] Com isso, Ashburn tornou-se, para alguns, uma espécie de símbolo da hipocrisia. Para outros, demonstrou um insuperável comprometimento com o seu eleitorado, ao votar contrariamente aos seus próprios interesses pessoais.

Para além da questão política, o caso Ashburn suscita debate importante acerca dos limites do interesse do eleitorado sobre a vida privada de seus representantes políticos. Não há dúvida de que o eleitor tem direito de ser informado das ações adotadas por tais representantes em sua vida pública. Tem, todavia, o direito de ser informado de aspectos da sua vida pessoal e familiar, como a sua orientação sexual? Que utilidade tem para o eleitor tal informação se o representante político continua a votar no interesse do seu eleitorado, e não no seu próprio interesse? E o que dizer de hipóteses fronteiriças, como aquelas que envolvem dados pessoais que, de um lado, podem afetar o exercício do cargo político, e, de outro, radicam fundo na intimidade da pessoa, como o diagnóstico positivo de uma doença letal?

A colisão entre o interesse informativo e a privacidade dos envolvidos impõe uma ponderação árdua, que a mídia nem sempre parece disposta a empreender. No mundo das notícias "em tempo real", o direito à informação tem sido invocado como uma espécie de carta branca, a autorizar a divulgação de qualquer dado que possa atrair a atenção do público, por mais íntimo que seja. A experiência demonstra, contudo, que, em certos casos, a exposição excessiva pode trazer risco até mesmo para a saúde e a vida dos envolvidos.

---

[38] *Out of the Closet but Stuck in his Voting Pattern*, reportagem veiculada em 10.3.2010 no *site* <www.cnn.com>.

20 Privacidade das vítimas de crime e o caso Matarazzo

Caso de grande repercussão no Brasil, o sequestro de um jovem da aristocrática família Matarazzo rendeu ação judicial de reparação contra emissora de televisão, que se recusou a atender o pedido do pai do sequestrado para que o crime não fosse divulgado. As negociações com os sequestradores ainda se encontravam em andamento e o risco para a vida do rapaz era evidente. A ação judicial baseou-se na violação dos direitos à privacidade, à integridade física e à vida do menor, que, segundo alegado na petição inicial, passou a ser torturado pelos sequestradores a partir do momento em que se depararam com a reportagem televisiva acerca do sequestro.

A emissora sustentou que "a divulgação de sequestros é benéfica para a sociedade, auxilia os órgãos policiais a descobrir cativeiros e coíbe o aumento dessa prática e essa é a linha editorial adotada pela empresa, seguindo, inclusive, recomendações de autoridades internacionais".[39] Ainda assim, restou condenada a indenizar os membros da família, pois, no entender do magistrado, "expôs de forma irresponsável e dolosa a vida de uma criança que estava em cativeiro de meliantes, desrespeitou o direito à intimidade da família e da criança que não queriam seus nomes divulgados".[40]

A hipótese é polêmica. A divulgação de sequestros e outros crimes atende, de fato, ao interesse público, quer no tocante à informação de acontecimentos relevantes, quer no que tange à repressão do ilícito, não sendo raro que a notícia e a própria repercussão social do delito acabem por auxiliar na captura dos suspeitos. Assim, não havendo recusa por parte da vítima ou de seus familiares, ou recomendação em contrário das autoridades policiais, a empresa jornalística estaria autorizada a divulgar o fato criminoso, desde que adotando as necessárias cautelas para evitar novas ameaças à integridade da vítima ou à sua intimidade. Por exemplo, a identificação nominal da vítima só deve ser admitida em caráter excepcional, quando possa efetivamente auxiliar na solução do crime, sendo de se coibir sua utilização sensacionalista por parte da imprensa.[41]

Havendo, por outro lado, recusa da vítima ou de seus familiares, não há dúvida de que tal manifestação de vontade deve ser respeitada, como expressão do seu direito à privacidade em uma hipótese extrema, que expõe a pessoa como alvo de

---

[39] Ver reportagem *STJ Nega Pedido para Interromper Processo contra Emissora de Televisão por Divulgação de Sequestro*, publicada em 19.7.2007 no *site* <www.jusbrasil.com.br>.

[40] Para o relato do caso, ver a matéria de Débora Pinho, *TV Globo é Condenada por Divulgar Sequestro em Telejornais*, disponível no *site* <www.conjur.com.br>.

[41] Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a "divulgação, em noticiário de rádio, do nome completo e do bairro onde residia a vítima de crime de estupro" dá ensejo à indenização por dano moral (STJ, REsp 896.635/MT, 26.2.2008).

uma prática delituosa. Em que pesem as opiniões em contrário, não se deve exigir, nesses casos, que a vítima justifique a recusa em fundado temor à sua integridade física, receio de represália ou qualquer outra das consequências possíveis da divulgação do fato. Basta que se recuse a ter seu nome ou imagem veiculados, recusa que deve ser observada em regra, especialmente em se tratando de crimes que atingem a sua esfera íntima. Desrespeitada a recusa, cabe a reparação dos danos causados. É igualmente responsável a empresa jornalística que deixa de adotar precauções exigidas pela vítima como condição para a divulgação, tais como a desidentificação digital ou o emprego da tradicional tarja preta sobre os olhos do retratado.

Se a proteção à privacidade da vítima de práticas delituosas já suscita acesa polêmica, o que se dirá da privacidade dos suspeitos de certo crime ou mesmo daqueles que venham a ser condenados pelo delito? Trata-se da outra face da moeda, que atrai opiniões ainda mais extremadas.

21 A outra face da moeda: privacidade de suspeitos e condenados

Quem se torna suspeito de um crime e mesmo quem vem a ser condenado pela sua prática não se despede do seu direito à privacidade ou de qualquer dos seus outros direitos da personalidade. São direitos essenciais da pessoa humana, que, por óbvio, não deixa de ser considerada como tal ainda que venha a ser presa por certo delito. O tratamento degradante dispensado ao preso no Brasil só contribui para a reincidência criminosa, realimentando a violência que explode nas ruas dos grandes centros urbanos. É conhecido o papel da supressão da privacidade no aparato repressivo que comprime o condenado em celas superlotadas, submetendo-o a experiências animalescas, em direta contradição com o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição da República:

> "Art. 5º (...)
> XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral."

Se a vida nas penitenciárias brasileira passa longe do comando constitucional, não se pode tampouco deixar de atentar para a situação daqueles que sequer foram submetidos a julgamento pelas cortes criminais. Nesse sentido, alguns setores da polícia e da mídia têm mostrado pouca preocupação com a privacidade dos acusados de práticas criminosas. Suspeitos e detidos acabam sujeitos, mesmo sem o crivo da autoridade judiciária, a uma exposição excessiva nos programas de TV e páginas de jornais. Imagens de prisões pirotécnicas têm sido usadas para resgatar a fé do espectador em uma segurança pública minada por fatores sociais e econômicos, imunes a soluções hollywoodianas.

A apresentação do detido como "coisa" apreendida não fortalece, mas sim macula operações policiais bem-sucedidas. O agente que segura o queixo de um suspeito, expondo forçosamente o seu rosto ao fotógrafo do jornal, não contribui para a crença na instituição policial, mas estimula a violação à dignidade humana do capturado. Conduta também grave se verifica naqueles jornais sensacionalistas que relatam a mera suspeita ou acusação com ares de condenação definitiva, mostrando pouco interesse em esclarecer o público acerca das diferenças entre a instauração de um inquérito policial e o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Esse "julgamento antecipado" preocupa a mais elevada doutrina criminalista:

> "Com algumas agências policiais, já se instalou um contubérnio chocante: o que significa a câmera de uma empresa de comunicações instalada numa viatura policial? Em que inciso da Constituição se autoriza essa prática infamatória de 'apresentar' um suspeito, ou mesmo um condenado, a toda a imprensa, forçando-o a exibir-se, às vezes, sob um cartaz? [...] Quando isto ocorre, fica às vezes difícil definir os contornos entre o espetáculo e o exercício de poder público, o primeiro com sua livre inventividade e o segundo jungido, particularmente no campo penal, a regras e garantias estritas."[42]

A tutela da privacidade, como direito da personalidade, inerente a toda pessoa humana, não pode encontrar espaços de imunidade na realidade social brasileira. Suspeitos, indiciados, acusados e mesmo criminosos condenados por sentença penal transitada em julgado não perdem, por essa razão, aqueles direitos que compõem o núcleo essencial da condição humana. A privacidade deve ser respeitada em qualquer condição, já tendo sido demonstrado que o interesse coletivo na segurança pública não exige a redução da sua proteção. Muito ao contrário. O Estado deve promover a proteção à privacidade, como condição necessária a uma efetiva sensação de segurança, indissociavelmente vinculada ao respeito dos direitos fundamentais e do devido processo legal.

Ao Estado compete não apenas zelar pela privacidade nas suas relações com o cidadão, mas também garantir a tutela da privacidade nas relações entre particulares, em especial naqueles setores em que o advento de novas tecnologias vem tornando sua violação particularmente frequente. É o que se passa a examinar.

22 Privacidade e telemarketing

"O ramo de marketing direto considera o telefone como sua melhor ferramenta de trabalho. Já os consumidores veem o telemarketing por outro ângulo: mais de

[42] Nilo Batista, *Novas Tendências do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 25.

92% consideram as tentativas de promoção pelo telefone como uma invasão de sua privacidade. Os operadores de telemarketing usam *scripts* para suas chamadas – uma espécie de guia com uma estratégia planejada. O uso destes *scripts* impõe uma situação desigual entre o operador e o consumidor, que também é a base de um marketing telefônico bem-sucedido."

Partindo dessa premissa, um grupo de ativistas de Amsterdã preparou um "contra-*script*" que pretende devolver aos consumidores as rédeas da ligação.[43] A curiosa contraofensiva sugere, por exemplo, que o consumidor peça ao operador de telemarketing que soletre seu próprio nome e que insista na obtenção do seu número de telefone pessoal para o caso de necessitar de mais informações sobre o produto.

A iniciativa é original, mas exige uma disponibilidade considerável de tempo por parte do consumidor. Mais eficiente é a atuação dos órgãos públicos na defesa da privacidade. Medida bastante festejada nessa direção foi aquela adotada pela *Federal Trade Comission* dos Estados Unidos, que criou um cadastro para as pessoas que não queiram receber chamadas de telemarketing. As empresas que telefonam para estes números são multadas. "Só no primeiro dia de inscrições, em junho de 2003, 7 milhões de números telefônicos foram cadastrados. Hoje são 125 milhões."[44]

A medida inspirou o Poder Legislativo do Estado de São Paulo, que editou a Lei 13.226/2008, criando o Cadastro para Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing no âmbito daquele Estado. A lei, já regulamentada por decreto do Governador, permite que o titular de linha de telefonia sediada em São Paulo forneça o número de seu telefone, que passa a integrar a listagem de números que não podem receber chamadas de telemarketing. A lei paulista foi aplaudida por outros Estados brasileiros, que atualmente tentam copiar o modelo.

A bem da verdade, a medida pode até ser efetiva, mas não deixa de exprimir uma certa inversão no tratamento jurídico da privacidade. Exigir do particular que forneça o número de seu telefone a um cadastro a fim de evitar chamadas de telemarketing é já uma afronta à sua privacidade. A oferta de produtos por chamadas telefônicas a alguém que jamais concedeu seu número de telefone para tal finalidade já encontra vedação em nosso ordenamento jurídico, que tutela *ab initio* a privacidade da pessoa humana. Tal proteção independe da inscrição em qualquer cadastro, como etapa prévia.

Por essas razões, melhor seria que o Poder Público reagisse de modo enérgico às chamadas não autorizadas, exigindo prévio, expresso e específico consentimento

---

[43] O contra-*script* é disponibilizado em diversos idiomas no item *tegenscript* do *site* <www.egbg.nl>.

[44] Dados da reportagem *Bom Dia, meu Nome é Sheila*, de Vanessa Bárbara, publicada na *Revista Piauí* e disponível em <www.revistapiaui.com.br>.

do usuário de linhas telefônicas para tanto. Nesse particular, não apenas a nossa tradição, mas também os princípios fundamentais do direito brasileiro impõem claramente a filiação ao que se convencionou chamar de sistema do *opt-in*, em que o consumidor deve concordar previamente com o recebimento de material publicitário, seja qual for o meio empregado no seu envio. O tema, que é instigante, deve ser analisado em conjunto com o problema dos *spams*, *cookies* e outras ameaças que assolam o universo virtual.

23 Privacidade e internet: o problema do *spam*

Ao checar seus *e-mails*, um advogado do Rio de Janeiro surpreendeu-se com mensagem publicitária recheada de mulheres de biquínis. A mensagem havia sido enviada, sem qualquer solicitação, por um restaurante onde se realizam *shows* eróticos. O advogado solicitou, então, também por *e-mail*, sua exclusão da lista de destinatários. O restaurante confirmou o recebimento do pedido de exclusão, mas continuou a enviar as mensagens ao solicitante. O caso deu margem a uma ação judicial que chegou ao Superior Tribunal de Justiça.[45]

Spam é uma mensagem eletrônica não solicitada, geralmente de caráter publicitário, enviada a múltiplos destinatários. A designação tem origem em famosa cena do grupo de comediantes ingleses Monty Python, que satirizava um produto enlatado norte-americano, chamado *Spam*, nome que consistia na aglutinação de *Spiced Ham* (presunto temperado). Na cena, uma garçonete lia o cardápio a um casal de clientes, repetindo incessantemente a palavra *Spam*, já que todos os pratos ofertados consistiam em variações do mesmo produto. A cada menção à palavra, um coral viking cantava *"Spam, Spam, Spam, Spam... lovely Spam! wonderful Spam!"* O coro acabava por tornar inteiramente incompreensível o diálogo. Os internautas viram aí notável semelhança com o efeito gerado pela publicidade indesejada que abarrota as caixas postais eletrônicas, dificultando a identificação de mensagens relevantes.[46]

Apesar de sua etimologia cômica, o *spam* consiste em um dos mais sérios inconvenientes da comunicação virtual. Diversos países têm editado normas para coibir a prática do *spamming* (envio de *spam*). Paradigmática é a Diretiva 2002/1958 da União Europeia, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. O art. 13 da Diretiva trata das

---

[45] STJ, Recurso Especial 844.736/RJ. O caso será analisado em detalhes, ainda neste tópico.

[46] Jean Jaques Erenberg, *Publicidade Patológica na Internet à luz da Legislação Brasileira*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 58.

"comunicações não solicitadas", estabelecendo como princípio fundamental o prévio consentimento do usuário para o envio dessa espécie de material:

> "Artigo 13º
> Comunicações não solicitadas
>
> 1. A utilização de sistemas de chamada automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio electrónico para fins de comercialização directa apenas poderá ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio.
>
> [...]
>
> 4. Em todas as circunstâncias, é proibida a prática do envio de correio electrónico para fins de comercialização directa, dissimulando ou escondendo a identidade da pessoa em nome da qual é efectuada a comunicação, ou sem um endereço válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações."

Regulamentando a Diretiva 2002/1958, as nações europeias estabelecem sanções severas contra a prática do *spam*. Em Portugal, por exemplo, o Decreto-lei 7/2004 prevê multa de 2.500 a 50.000 euros pelo envio de comunicações não solicitadas, sem a observância dos requisitos da Diretiva e do referido Decreto-lei. Ainda que, também lá, coibir o *spam* na prática seja tarefa árdua, não resta dúvida de que a legislação europeia oferece instrumentos eficientes para a sua repressão.

No Brasil, embora estejam atualmente em tramitação no Congresso Nacional projetos de lei que se ocupam do tema, o *spam* ainda não foi objeto de regulamentação específica. No vácuo normativo, entendimentos divergentes têm se formado. Para parte da doutrina e da jurisprudência, o envio de *spam* configura violação à privacidade do destinatário. Há mesmo quem o considere verdadeira prática abusiva contra o consumidor, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.[47]

Entendimento diametralmente oposto foi adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 844.736/RJ, interposto no âmbito da ação judicial promovida por aquele advogado do Rio de Janeiro, vítima dos *spams* eróticos. No julgamento, ocorrido em 2009, concluíram os Ministros, por maioria, que o envio de *spam*, ainda que de conteúdo erótico, não caracteriza dano moral. Afirmaram que a possibilidade oferecida pelo próprio programa de *e-mails* de bloquear o remetente já é medida suficiente a impedir o dissabor de receber uma mensagem indesejada. A configuração do dano moral, na hipótese, abriria, segundo o Superior Tribunal de Justiça, um leque de incontáveis ações judiciais pelo país, risco que a corte parece disposta a evitar a qualquer custo. Em passagem

---

[47] TJRS, Agravo de Instrumento 70003519782, Rel. Des. Voltaire Lima Moraes.

quase desolada, um dos Ministros chegou a afirmar: "O *spam* é algo a que se submete o usuário da internet. Não vejo, a esta altura, como nós possamos desatrelar o uso da internet do *spam*."[48]

Restou vencido o Ministro Luis Felipe Salomão, que, em voto substancioso, examinou o tratamento reservado à prática do *spam* na experiência estrangeira e nacional, para concluir pela sua incompatibilidade com dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, com o princípio da boa-fé objetiva e com o direito constitucional à privacidade. O voto vencido se revela importantíssimo, pois o acórdão concede, nos termos da decisão da maioria, perigosa "carta branca" ao envio de *spam*, tendo em vista a especial circunstância de que, naquele caso concreto, o destinatário havia solicitado a interrupção no envio das mensagens, solicitação comprovadamente desrespeitada pelo remetente.

Com efeito, uma análise da experiência estrangeira revela que há dois grandes modelos para o tratamento jurídico do *spam* e de outras comunicações não solicitadas: (i) o modelo do *opt-in*, mais protetivo, em que se exige o prévio consentimento do destinatário para o envio de mensagens não solicitadas; e (ii) o modelo do *opt-out*, menos protetivo, em que não se exige o prévio consentimento do usuário, mas se assegura o seu direito de solicitar sua retirada da lista de destinatários de mensagens futuras. Alguns países adotam, ainda, modelos mistos, que combinam *opt-in* e *opt-out*, reservando, por exemplo, o *opt-in* a mensagens dirigidas a pessoas físicas e *opt-out* a mensagens dirigidas a pessoas jurídicas.

O acórdão emitido pelo Superior Tribunal de Justiça no caso examinado tem a assustadora peculiaridade de situar o Brasil em um grau de proteção menor que o modelo do *opt-out*, já que desconsidera, por completo, a solicitação do destinatário de não receber mensagens futuras. Assim, a omissão legislativa que já era grave assume contornos verdadeiramente dramáticos diante da postura que vai sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na matéria. Por tal razão, impõe-se, com ainda maior urgência, a regulamentação do *spam*.

24 *Cookies*

Outro problema tormentoso que ameaça a privacidade na internet são os *cookies*. O nome simpático, que lembra doces saborosos, esconde um perigo amargo. *Cookies* são, em linguagem simples, dados trocados entre o servidor de certa página da internet e o computador do internauta. Os *cookies* permitem que o *site* reconheça o computador de determinado usuário, dispensando-o, por exemplo, de digitar novamente sua senha de acesso. Sem embargo do conforto que oferecem,

---

[48] Notícia do julgamento disponível no *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça sob o título *Quarta Turma não Reconhece Dano Moral por Envio de SPAM Erótico a Internauta*, 3.11.2009.

os *cookies* representam risco velado à privacidade do usuário, na medida em que podem ser usados para identificar supostas preferências do internauta, oferecendo-lhe produtos ou serviços que o fornecedor unilateralmente considera mais compatíveis com o seu "perfil".

Em outras palavras: os *cookies* permitem o agrupamento de indivíduos em categorias predeterminadas pelo detentor das informações, gerando o perigo de uma discriminação silenciosa e indevida com base em tais dados. Tudo sem qualquer participação do usuário. De fato, a imensa maioria dos *sites* não solicita a prévia permissão do internauta para o armazenamento de suas informações, e nem sequer lhe comunicam a operação, ensejando situação que afronta diretamente o já mencionado art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor:

> "Art. 43. [...]
>
> § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele."

A transparência na comunicação eletrônica é passo essencial para garantir a proteção da privacidade do usuário, cujo desconhecimento técnico não pode servir de pretexto para artifícios tecnológicos voltados à coleta, armazenamento e utilização desautorizada de seus dados pessoais. Também aqui, contudo, o direito brasileiro tem se mantido omisso. A proteção à privacidade tem sido deixada à iniciativa de cada internauta, por meio de programas e mecanismos voltados à eliminação de *cookies* ou à restrição no intercâmbio de informações com os *sites* visitados. Tais mecanismos acabam, muitas vezes, por impedir o acesso do usuário a certa página ou criam inconvenientes variados para a navegação na rede.

A toda evidência, a proteção à privacidade, valor tutelado constitucionalmente, não pode representar ônus para a pessoa humana, sob pena de se consagrar uma verdadeira regra de exposição na internet. Também não servem aqui argumentos de que a internet é de difícil ou impossível regulação, consistindo em "espaço de liberdade, por excelência". Tal construção é falaciosa, na medida em que a liberdade está sendo aí exercida no direto interesse do fornecedor de produtos ou serviços, interesse a que acaba submetido o usuário da rede, na ausência de normas protetivas. As relações travadas na internet são relações sociais como quaisquer outras. Nesse sentido, o universo virtual não pode se tornar uma bolha de imunidade aos valores fundamentais do ordenamento jurídico, em especial à proteção da dignidade humana.

25 Resultados do Google

Talvez a principal virtude da internet consista em proporcionar fácil acesso a uma abundância deslumbrante de informações. Estima-se que a rede contenha

mais de 150 milhões de *sites* e um universo incalculável de dados à disposição dos internautas. O maior desafio da rede está em selecionar as informações úteis e confiáveis. Sobre o tema, afirmou Umberto Eco:

> "Esse é o problema básico da internet: depende da capacidade de quem a consulta. Sou capaz de distinguir os *sites* confiáveis de filosofia, mas não os de física. Imagine então um estudante fazendo uma pesquisa sobre a 2ª Guerra Mundial: será ele capaz de escolher o *site* correto? É trágico, um problema para o futuro, pois não existe ainda uma ciência para resolver isso. Depende apenas da vivência pessoal. Esse será o problema crucial da educação nos próximos anos."[49]

À falta de solução, os internautas acabam condenados aos critérios de seleção empregados por motores de busca, especialmente o Google, cuja missão declarada é "organizar a informação mundial e torná-la universalmente acessível e útil".[50] Os parâmetros utilizados centram-se sobre a popularidade dos *sites*, estabelecida por meio de um algoritmo denominado *PageRank*. O seu específico funcionamento, contudo, permanece sigiloso, o que tem gerado críticas ao Google e permitido a associação indevida de dados a certas pessoas. Tome-se como exemplo o imbróglio que envolveu a cantora Preta Gil. Ao digitar "atriz gorda", o Google sugeria "experimente também: Preta Gil". A cantora classificou o resultado como "ridículo" e afirmou: "Vindo do Google, que hoje é o manual de todo mundo, é algo deplorável."[51]

Após a reclamação, o Google desfez a associação, que atribuiu à manipulação do algoritmo empregado pela companhia por internautas maliciosos. Hoje, quem digita "atriz gorda" no Google não encontra mais a sugestão para tentar o nome da atriz, mas se depara com uma longa coletânea de notícias sobre a reclamação da cantora contra o episódio. A associação, portanto, sobrevive indiretamente, por meio da recordação permanente do acontecimento. Prova de que, na internet, a emenda pode ser tão devastadora quanto o soneto.

Por meio de uma atividade aparentemente neutra, os motores de busca acabam por ditar a compreensão que os usuários da internet terão de um determinado fato ou de certa pessoa. Amplifica-se imensamente o risco de que alguém seja representado por dados selecionados na internet, sem a sua participação ativa. Não se trata apenas do perigo de utilização de dados falsos.[52] Mesmo dados verdadeiros podem

---

[49] Entrevista publicada em 13.3.2010 no jornal *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <www.estadao.com.br>.

[50] O *Google* é o motor de busca mais utilizado do mundo: por dia, processa mais de um bilhão de solicitações de pesquisa e 20 *petabytes* de dados gerados por usuários.

[51] *Busca coloca Preta Gil contra o Google*, reportagem publicada em 15.2.2008 no *site* <www.globo.com>.

[52] Como ocorre na construção de perfis falsos no Orkut, Twitter, Facebook e outras redes sociais, problema que será analisado em detalhe no capítulo seguinte, relativo ao nome e à identidade pessoal.

ser apresentados de modo inadequado, sem a contextualização necessária ou com um destaque incompatível com o papel que desempenham na composição da personalidade real do retratado. Aqui, assume importância um aspecto instigante do direito à privacidade: o chamado direito ao esquecimento.

26 Direito ao esquecimento

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.

Tome-se a hipótese nada incomum da atriz que, em início de carreira, autoriza a veiculação de sua imagem, nua, em dada revista masculina ou atua como personagem de um filme picante. Suponha-se que a mesma atriz, ao longo dos anos seguintes, venha a construir carreira como apresentadora de programas infantis. Não há dúvida de que a veiculação daquelas imagens do passado, destacadas do seu contexto original, pode causar grave dano à pessoa retratada. Mesmo que a autorização para a veiculação da imagem tenha sido dada na ocasião pretérita, sem qualquer limite temporal (descartando-se, portanto, a violação ao direito de imagem), resta evidente que a vida da pessoa encaminhou-se em sentido oposto ao daquele ato pretérito. O direito à exibição da imagem entra em choque com faceta importante do direito à privacidade. Trata-se do chamado "direito ao esquecimento, o que significa que nem todas as pegadas que deixei da minha vida devem me seguir implacavelmente, em cada momento da minha existência".[53]

Se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. O direito ao esquecimento (*diritto all'oblio*) tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização, evitando-se que seja perseguido por toda a vida pelo crime cuja pena já cumpriu. A hipótese é ainda atual, como se vê do seguinte acórdão:

---

[53] Stefano Rodotà, em entrevista disponível no *site* da *Enciclopedia Multimediale delle Scienze Filosofiche*, <www.emsf.rai.it>.

> "Responsabilidade Civil. Dano moral. Reportagens publicadas em jornal envolvendo ex-traficante de drogas em lavagem de dinheiro, com fotos batidas seis anos antes, após o mesmo encontrar-se completamente recuperado, convertido à religião evangélica, da qual se tornou pastor, casado, com filhos, dando bons exemplos à sociedade. É livre a liberdade de manifestação da expressão e de informação jornalística, direitos que devem ser exercidos com responsabilidade, sem preocupação de fazer sensacionalismo [...]."[54]

Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos sejam ressuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido. A internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, catapultou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas.

Caso recente foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Pessoa que se submeteu a concurso público foi acusada de "cola" em uma das fases do certame. Acabou reprovada na fase seguinte, mas a suspeita lançada sobre o concurso ganhou as páginas dos jornais. O concurso, todavia, não foi anulado. Passados três anos, a candidata constatou que, ao digitar seu nome em buscadores, os resultados listados em primeiro lugar ainda eram todos referentes à suposta fraude no certame. Propôs, então, ação judicial pleiteando que as notícias não fossem listadas a partir da simples busca do seu nome. O tribunal concedeu tutela antecipada para que os buscadores, sem suprimir as notícias do mundo virtual, instalassem filtros de pesquisa, com o escopo de evitar a imediata associação do nome da autora à suposta fraude. Confira-se trecho do acórdão.

> "Na hipótese concreta do conflito entre a garantia à intimidade e a chamada 'sociedade da informação', deve prevalecer a primeira, com vista a evitar que o exercício da livre circulação de fatos noticiosos por tempo imoderado possa gerar danos à vida privada do indivíduo. Prevalência, nessa fase, do direito à imagem, à personalidade e do direito ao esquecimento, garantias fundamentais do ser humano."[55]

Cumpre registrar que o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito de esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade

---

[54] TJRJ, Apelação Cível 2002.001.07149, Rel. Des. Carlos Lavigne de Lemos, 26.11.2002.

[55] Agravo de Instrumento 2009.002.41400, Rel. Des. Antonio Saldanha Palheiro, 25.5.2010. Por razões óbvias, o caso corre em segredo de justiça.

de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre os interesses em jogo.

27 Privacidade e genoma humano

Não é só a internet que oferece novos desafios à tutela da privacidade. Ainda no campo das novas tecnologias e descobertas, não se pode deixar de enfrentar toda a série de questões trazidas pelo mapeamento genético do ser humano. Considerado como a empreitada científica mais importante dos últimos séculos, o Projeto Genoma Humano envolve interesses da mais variada ordem. O consórcio internacional oficialmente responsável pela pesquisa é financiado com recursos públicos de diversos países e assumiu o expresso compromisso de tornar públicas todas as suas descobertas, rejeitando qualquer forma de apropriação exclusiva. Além disso, parte do seu financiamento é dedicada a fomentar debates éticos e morais em torno da pesquisa desenvolvida e de suas consequências para a vida humana. No extremo oposto, sociedades privadas, como a *Celera Genomics*, adentraram a corrida pelo mapeamento completo do genoma humano, com o declarado objetivo de requerer o patenteamento das suas descobertas. Em meio à disputa, a preocupação com os direitos fundamentais da pessoa humana parece ter ficado em segundo plano.

Pensadores de todo o mundo vêm manifestando preocupação com as repercussões que o mapeamento genético, sem prejuízo das suas utilidades, pode produzir sobre a vida social. Por um lado, é certo que o conhecimento de dados genéticos de certa pessoa pode ajudar a prevenir doenças e a preservar sua saúde e de seus descendentes. Por outro lado, também pode conduzir à sua injustificável discriminação:

> "No caso de relações de emprego, por exemplo, um trabalhador poderia não ser contratado – ou ser demitido – pelo simples fato de apresentar em seu genoma porções de DNA que revelariam a probabilidade de, em futuro incerto, manifestar doenças ou conduzir-se de maneira não desejada pelo empregador (rebeldia, subversão, desrespeito à autoridade, vício etc.), ainda que no momento do resultado do teste fosse assintomático e seu estado atual de sanidade lhe garantisse o acesso à vaga na empresa."[56]

---

[56] Francisco Vieira Lima Neto, *O Direito de Não Sofrer Discriminação Genética – Uma Nova Expressão dos Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 62. Registre-se que, nos Estados Unidos, há, desde 2008, lei específica sobre o tema, conhecida como Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA).

Informações genéticas podem ser empregadas de modo semelhante por companhias de seguro, instituições financeiras, operadoras de planos de saúde ou, ainda, pelo Poder Público. O perigo se intensifica na medida em que dados genéticos têm sido associados, com frequência cada vez maior, a tendências comportamentais. Tome-se como exemplo a notável repercussão alcançada pela descoberta do chamado "gene do crime".

28 O gene do crime e o perigo islandês

Em 2002, pesquisadores do King's College de Londres anunciaram a descoberta daquilo que a imprensa internacional denominou de "gene do crime". Segundo os pesquisadores, a presença de uma específica versão de certo gene, responsável pelo controle da produção da enzima MAOA, teria o condão de aumentar a probabilidade de jovens vítimas de maus-tratos desenvolverem comportamentos criminosos.[57]

Especialistas em bioética revelaram acentuada preocupação com a notícia, registrando que uma pessoa com propensão à criminalidade pode resistir ao impulso e ter uma vida inteiramente construtiva. Alertaram, ainda, para o risco de que os governos passem a tratar a criminalidade como uma consequência genética, deixando de combater as causas sociais da violência, como a distribuição desigual de riquezas. Nem se pode deixar de levar em consideração o perigo de que a identificação do "gene do crime" venha a ser usada por qualquer Estado para monitorar ou vigiar determinados indivíduos, incorrendo em clara discriminação genética.

Não se está aqui no campo da ficção científica. Há exemplos concretos e atuais de utilização, no mínimo, questionável de informações genéticas pelo Poder Público. Emblemático é o caso da Islândia. No ano 2000, o governo islandês concedeu à sociedade norte-americana *DeCode* o direito de projetar, construir e gerir um banco de dados dos históricos médicos da população islandesa, além do direito de cruzar essas informações com os dados genéticos e genealógicos dos islandeses. A iniciativa foi amparada em lei específica, que presumiu o consentimento de todos os cidadãos da Islândia com a formação do banco de dados.

Por ser pequena, estável e homogênea, a população islandesa é considerada um agrupamento humano precioso para a análise da influência genética no desenvolvimento de doenças. Trata-se de campo privilegiado para estudos em torno de novos medicamentos. Não por outra razão, a *DeCode* celebrou diversos contratos com a indústria farmacêutica e lançou programas de desenvolvimento de drogas

---

[57] *Cientistas descobrem gene do crime.* Disponível em: <*BBC Brasil.com*>, 2.8.2002.

inovadoras para o tratamento do mal de Alzheimer, doença de Parkinson, câncer de pulmão e outras enfermidades.[58]

A iniciativa enfrenta alguma oposição do povo islandês. Tem merecido destaque nesse sentido a atuação do *Mannvernd*, organização não governamental fundada pelo psiquiatra Petur Hauksson. Hauksson e seus aliados promoveram ação judicial contra a *DeCode* por violação ao direito de privacidade dos islandeses. Além de criticar o ajuste com a sociedade norte-americana, o grupo teme que as informações sejam utilizadas por entidades públicas e privadas com finalidade discriminatória. A *DeCode* sustenta, por sua vez, que os dados dos pacientes são automaticamente cifrados por um programa de computador, o que tornaria impossível a sua identificação em bases individuais.

Os receios em torno da utilização indevida dos dados genéticos dos islandeses acentuaram-se com a crise econômica internacional de 2007. A *DeCode* enfrentou sucessivas dificuldades financeiras até que, em novembro de 2009, teve declarada a sua falência. A titularidade dos direitos sobre o banco de dados genéticos de mais de 140.000 islandeses ameaçava ir parar nas mãos dos credores da companhia. Acabaram transferidos a uma subsidiária da empresa que continuará a operar sob a batuta de um consórcio de investidores, dando prosseguimento aos acordos celebrados com a indústria farmacêutica, mas abandonando as pesquisas internas para o desenvolvimento de novos medicamentos.[59]

A conturbada trajetória da *DeCode* evidencia alguns dos riscos inerentes à apropriação de dados genéticos. Ao se converter tais dados em "bens", que compõem o ativo de certa sociedade e podem ser transferidos a seus sucessores, torna-se impossível antever e controlar o modo como passarão a ser utilizados pelo seus novos proprietários.[60] A sujeição de dados genéticos a uma lógica patrimonialista, típica do mercado, reforça as preocupações do *Mannvernd* em relação à discriminação genética, guiada pela busca incessante da máxima eficiência. Nesse particular, o perigo islandês está mais próximo do Brasil do que a geografia permitiria imaginar.

29 Traço falciforme no vôlei: um caso brasileiro de discriminação genética

Considerada uma das melhores jogadoras brasileiras de vôlei na categoria juvenil, uma jovem atleta negra, de 16 anos, oriunda de uma família pobre, viveu

---

[58] Confira-se, para mais detalhes: Stephanie Overby, *Iceland's Dilemma: Privacy versus Progress*, Disponível em: <www.cio.com>, 15.7.2001.

[59] *A Genetic Company Fails*. Disponível em: <www.nytimes.com>, 17.11.2009.

[60] Para uma análise das relações entre mercado e bancos de dados genéticos, ver Adriana Espíndola Corrêa, *O Corpo Digitalizado*, Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

o sonho de participar de processo seletivo para integrar a equipe que representaria o Brasil no Campeonato Sul-Americano de Vôlei. Sua *performance* nos treinos impressionou a comissão técnica. Sua escolha era dada como certa por todos até que ela recebeu a inesperada notícia de que havia sido cortada por razões médicas:

> "Eu fiquei na reta final. Tinha uma equipe quase definida. O técnico da CBV falou que eu seria cortada não por ser ruim. Foi a parte médica que me cortou. O médico da CBV me explicou: 'o seu sangue era diferente'. Ele falou: 'a sua doença vai acabar com a sua carreira e você não poderá jogar mais'. E que se eu insistisse em jogar e viajar de avião, poderia morrer, teria morte súbita."[61]

Os exames médicos obrigatórios conduzidos pela Confederação Brasileira de Vôlei haviam revelado que, embora saudável, a atleta era portadora de traço falciforme, uma espécie de anemia crônica que pode conduzir a complicações tromboembólicas. A anemia falciforme, de elevada incidência na população brasileira, é mais frequente em pessoas negras, o que teria relação com a sua origem africana. Tal característica levou, no passado, a uma "abordagem racial" da anemia falciforme, em muitos programas de saúde pública nos Estados Unidos e no Brasil.[62] Atualmente, os exames para identificação do traço falciforme são empregados no âmbito de uma série de entidades desportivas em todo o mundo, com a finalidade de detectar a necessidade de acompanhamento médico específico do atleta, que pode apresentar dificuldades de oxigenação. A doutrina médica especializada destaca, contudo, que a mera presença do traço falciforme não é uma doença e não impede a prática desportiva:

> "As pessoas com anemia falciforme devem ter cuidado com atividades que exigem esforço físico, pois é uma doença que afeta as hemoglobinas e consequentemente dificulta o transporte de oxigênio. Mas traço e anemia falciformes não se confundem no espectro dos marcadores genéticos qualificados como doenças. No caso do traço falciforme, a prática do esporte não é uma contraindicação, pois segundo o *National Institutes of Health* (NIH), órgão de saúde do governo estadunidense, 'o traço falciforme não impede a participação em esportes competitivos [...] trabalhos científicos mostram que não há aumento de morbidade ou mortalidade entre atletas profissionais com o traço' [...]."[63]

---

[61] Cristiano Guedes; Debora Diniz, *Um Caso de Discriminação Genética: o Traço Falciforme no Brasil*, *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, 2007, p. 507.

[62] Antonio S. Ramalho, et al, *A Portaria MS nº 822/01 e a Triagem Neonatal das Hemoglobinopatias*, *Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia*, v. 24, nº 4, 2002.

[63] Cristiano Guedes; Debora Diniz, *Um Caso de Discriminação Genética: o Traço Falciforme no Brasil*, cit., p. 507.

No caso concreto, a Confederação Brasileira de Vôlei alegou que o corte da atleta teve o propósito de proteger sua saúde. A CBV tinha, contudo, alternativas à simples exclusão da jogadora, como mantê-la na equipe, sob acompanhamento médico constante, ou mesmo proceder a uma análise mais detalhada da repercussão fática do traço falciforme sobre seu estado físico, repercussão que era, aparentemente, inexistente no momento do corte.

A exclusão da atleta foi, todavia, a medida adotada, a partir da simples identificação do gene defeituoso. A padronização dos exames médicos obrigatórios, a falta de recursos da Confederação para disponibilizar um acompanhamento médico individualizado e prolongado, a elevada competitividade e rigidez do processo seletivo são algumas das razões que explicam o comportamento da entidade. Nada disso exclui, contudo, o fato de que uma jovem atleta foi vítima de discriminação por força tão somente da sua condição genética.

O caso demonstra que, em uma sociedade ditada pela *standardização* de procedimentos, o dado genético pode assumir importância decisiva, conduzindo a consequências de caráter absoluto. É raro, nesse contexto, que haja disposição para exames e análises individualizados, procedimentos lentos e custosos, desencorajados por um raciocínio econômico fundado na relação custo-benefício. Como se vê, o determinismo genético não surge como uma postura consciente, mas como o efeito perverso da proclamada necessidade de se uniformizarem critérios e estabelecer regras gerais, muitas vezes ao argumento de que só assim se pode assegurar oportunidades iguais para todos. Sob o manto da isonomia, a informação genética passa, nesse cenário, a servir de instrumento de injustificada discriminação.

O drama da jovem jogadora de vôlei foi registrado com riqueza de detalhes nas páginas dos principais jornais brasileiros. Em postura que merece aplausos, a Confederação Brasileira de Vôlei reviu sua decisão e, após consultar entidades médicas de renome, reintegrou a atleta à seleção infantojuvenil. O presidente da entidade declarou na ocasião: "A medicina evolui e, honestamente, era um assunto de nosso desconhecimento."[64] A atleta é, hoje, uma das principais jogadoras da Superliga feminina de vôlei.

30 Privacidade e conhecimento da origem biológica

Ainda no campo dos dados genéticos, tem suscitado aceso debate o confronto entre o direito à privacidade e o direito ao conhecimento da origem biológica. Diante da evolução científica, ter conhecimento da própria origem genética tornou-se uma aspiração não apenas possível, mas importantíssima para a realização plena

---

[64] *CBV reconhece erro.* Disponível em: <www.estadao.com.br>, 6.5.2004.

do ser humano. O direito ao conhecimento da origem genética passou mesmo a ser incluído por parte da doutrina e da jurisprudência entre os direitos da personalidade, atraindo, com isso, as características inerentes à categoria. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*".[65]

Uma das maiores polêmicas nessa seara consiste em saber se seria possível exigir a revelação da identidade do doador anônimo de sêmen para fins de auxílio no tratamento de doença genética do filho biológico e, em caso positivo, quais seriam os efeitos patrimoniais e existenciais dessa identificação. Como se sabe, a doação de material genético é atividade que assenta no sigilo sobre a identidade do doador.[66] A convicção no anonimato é premissa essencial para muitos indivíduos que se dispõem a praticar o gesto altruísta. Nessas circunstâncias, não há dúvida de que têm direito a manter em sigilo a sua identidade.

Há situações, entretanto, em que a identificação do pai biológico pode auxiliar ou mesmo se revelar determinante no tratamento de enfermidade grave ou até fatal que acometa o filho. Embora, aparentemente, a hipótese revele um simples conflito entre o direito à privacidade do doador e o direito à saúde do filho gerado, a se resolver, tendencialmente, em favor deste último, o que está em jogo é a própria sobrevivência da inseminação artificial, já que o rompimento do sigilo implicaria evidente desestímulo à prática da doação de material genético.

Se não há resposta pronta para o problema, o certo é que o ordenamento brasileiro encontra-se inteiramente despreparado para lidar com tais situações. Para além do fato de o Código Civil não oferecer qualquer parâmetro para a solução de conflitos do gênero, a identificação do pai biológico produz, *ipso facto*, o reconhecimento do liame familiar, com irrestritos efeitos patrimoniais, aí incluídos o dever de alimentos e o direito de herança. Não se cogita, no direito de família brasileiro, da hipótese de estabelecimento de vínculo de paternidade sem a sua consequência econômica. A solução deve ser buscada, assim, no âmbito da própria indústria genética, com o estabelecimento de um canal de comunicação entre o médico do filho e o laboratório responsável pela inseminação artificial, que permita fornecer, sempre em regime de confidencialidade, as informações clínicas relevantes ao tratamento, sem a identificação civil do doador. A identificação eventual, por erro ou descuido nesse procedimento sigiloso, há de ser tratada como situação excepcional.

---

[65] STJ, Recurso Especial 807.849/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 24.3.2010.

[66] A exemplo do que ocorre na chamada "doação" de órgãos e tecidos humanos, o termo *doação* é empregado aqui como sinônimo de "disposição não remunerada", não guardando qualquer relação técnica com a disciplina do contrato de doação, construída e desenhada para fins exclusivamente patrimoniais.

Se esse tema tem sido pouco discutido em nossa doutrina e jurisprudência, o mesmo não se pode dizer de outra questão polêmica envolvendo o confronto entre a privacidade e o direito ao conhecimento da origem biológica: a recusa à realização de exame de DNA, por parte do réu em ação de investigação de paternidade.

31 Recusa de DNA em investigação de paternidade

Teve início em Porto Alegre o precedente judicial que se tornaria célebre em matéria de investigação de paternidade. Duas gêmeas, representadas por sua mãe, propuseram ação investigatória contra o suposto pai, solicitando fosse realizado o exame de DNA, único meio de conhecerem sua verdadeira origem biológica. A juíza responsável pelo caso ordenou a realização do exame para a aferição de paternidade, mandando oficiar ao réu para agendamento de data e comparecimento "sob pena de condução sob vara, eis que, no caso, seu corpo é 'objeto de direitos', não sendo cabível invocar direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo".

O réu apresentou sucessivos recursos contra a aludida decisão judicial, que restou mantida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Na iminência do seu cumprimento, o réu impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. O então Ministro Francisco Rezek, que havia concedido liminar para suspender a execução da ordem judicial de primeira instância, apresentou minucioso voto, no qual assim identificou a questão posta em julgamento:

> "O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física."

Enfatizando, de um lado, a "insignificante margem de erro" do exame de DNA, e, de outro, a "superlativa atenção do legislador, a partir da Carta de 1988, para com os direitos da criança e do adolescente", Rezek traçou o desenho da matéria na legislação brasileira. Partindo do art. 227 da Constituição da República e do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), concluiu:

> "Nesta trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes, a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto dos direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse

> também público. Não foi sem razão que o legislador atribuiu ao *parquet*, à vista da importância da determinação do vínculo de filiação, a iniciativa para que, em determinadas circunstâncias, intente a investigatória de paternidade (§§ 4º e 5º do art. 2º da Lei 8.560/92)."

O Ministro enfrentou, ainda, a alegação do impetrante de que restaria violado seu direito à intimidade, valendo-se de trecho do parecer apresentado, no caso, pelo então Subprocurador-Geral da República, Cláudio Fonteles:

> "[...] 'a afirmação, ou não, do vínculo familiar não se pode opor ao direito ao próprio recato. Assim, a dita intimidade de um não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro', e mais, a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Como bem ponderou o *parquet* federal, no desfecho de sua manifestação, 'não há forma mais grave de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno'."

O voto foi acompanhado pelos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, que também se pronunciaram em favor do indeferimento do *habeas corpus*. Em sentido diametralmente oposto, manifestou-se o Ministro Marco Aurélio de Mello:

> "Senhor Presidente, jamais pensei que, tendo assento no Supremo Tribunal Federal, pudesse defrontar-me com um quadro de tão extravagante – sob a minha óptica e com a devida vênia dos Senhores Ministros que me antecederam – abuso de poder, a implicar inegável constrangimento para o paciente [...] a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a 'Carta Cidadã' – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda cível, a feitura de certa prova? [...] É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade, mas no plano instrumental, reservado ao juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligada e a recusa do réu."

O voto do Ministro Marco Aurélio foi acompanhado pelos Ministros Néri da Silveira, Moreira Alves, Sydney Sanches e o então Presidente da Corte, Ministro Octavio

Gallotti, sagrando-se vencedor.[67] O mesmo caminho foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja Súmula 301 afirma: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade."

O Código Civil de 2002 tratou do tema em seus arts. 231 e 232:

> "Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.
>
> Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame."

Os dispositivos também sugerem que a solução deve ser buscada por meio da análise das provas disponíveis. Não chegam ao ponto de falar em presunção de paternidade, o que acabou ocorrendo com a Lei 12.004, de 29 de julho de 2009, que acrescentou o seguinte dispositivo à lei reguladora da ação de investigação de paternidade (Lei 8.560/1992):

> "Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.
>
> Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório."

Embora elegante, a solução é insuficiente. O interesse de quem promove uma ação judicial de investigação de paternidade não é atendido pela condenação de um suposto pai, por razões puramente processuais. O interesse do autor consiste, bem antes disso, em saber se o réu, verdadeiramente, é pai. Já destacara o Ministro Carlos Velloso, no julgamento aludido, que a confissão ficta "não resolve" o problema da criança, que continua privada da identificação da sua real paternidade. Seu direito ao conhecimento da origem genética permanece irrealizado.

Na solução dada pelo Supremo, a ação investigatória acaba tratada sob perspectiva exclusivamente patrimonial, acreditando-se resolvido o drama humano pela indicação de um pai presumido, de quem se pode cobrar alimentos e outras verbas. Muito ao contrário, a ação investigatória atende a um propósito profundamente existencial e está a exigir outra abordagem por parte dos nossos tribunais. Já há algum tempo, a melhor doutrina vem destacando essa necessidade, ao afirmar que "o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo

---

[67] STF, Plenário, *Habeas Corpus* 71.373-4/RS, 10.11.1994.

genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade."[68]

Não há dúvida de que a privacidade e a intimidade corporal do suposto pai são direitos da personalidade, constitucionalmente protegidos. Assim, merecem a tutela mais ampla possível. Por exemplo, deve-se reconhecer ao réu o direito de requerer o exaurimento de outros meios de prova, sendo exemplo o caso recente do jogador de futebol que, sem se recusar ao exame de DNA, solicitou que o mesmo exame fosse antes realizado pelo namorado da mãe, que registrara a criança como seu filho. Em última análise, contudo, não havendo outro caminho seguro para a confirmação (ou exclusão) da alegada paternidade, devem os direitos do suposto pai ser ponderados com o direito também constitucional da criança à identificação da sua origem biológica, expressão da sua dignidade humana. Ora, embora o resultado da ponderação sempre dependa das circunstâncias de cada caso concreto, a prevalência há de pender aqui para a tutela do interesse do filho, já que exigir de alguém um fio de cabelo ou uma gota de sangue representa sacrifício mínimo diante da importância que assume, para muito além do campo patrimonial, o conhecimento de cada um sobre sua própria origem biológica. Eis um campo em que a privacidade não pode ser levada ao extremo.

32 Privacidade e microchips

Outro setor em que o direito à privacidade exige, por vezes, uma delicada ponderação é aquele que diz respeito aos microchips voltados ao armazenamento de informações. Já se examinou o problema sob o prisma do direito ao próprio corpo, analisando-se variadas espécies de microchips subcutâneos cujas finalidades vão desde o monitoramento de pacientes até o controle do consumo em boates. A curiosa inovação tecnológica transcende, contudo, o problema da autonomia corporal, para atingir em cheio o direito à privacidade.

Tome-se como exemplo a reportagem intitulada "Big Brother nas Lixeiras", que deu notícia da instalação de microchips em latões de lixo residenciais, em mais de 60 cidades do Reino Unido. "Os chips, que têm o tamanho de uma pequena moeda, foram instalados na tampa dos latões. Neles, há informações que identificam cada residência e a quantidade de lixo despejada todos os dias." As autoridades britânicas explicam que o propósito da instalação dos microchips é "saber quais medidas

---

[68] Para Maria Celina Bodin de Moraes, *Recusa à Realização de Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade*, Vicente Barreto (Org.), *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 194.

de saneamento funcionam de forma adequada e também identificar os melhores recicladores para poder premiá-los".[69]

Microchips também já são usados em bovinos, desde o chamado "mal da vaca louca".[70] A finalidade dos microchips é permitir o armazenamento e o rápido acesso a dados vitais de cada animal, bem como a identificação do seu proprietário. Na Inglaterra, que conta com 4,2 milhões de câmeras (uma para cada 14 habitantes) e já foi classificada como "o país mais vigiado do mundo ocidental", discute-se atualmente o emprego de microchips semelhantes para cães. A medida integra iniciativa mais ampla voltada ao controle de "cachorros perigosos", estudando-se atualmente a possibilidade de exigir de seus proprietários o pagamento de seguro para a proteção de terceiros. No Brasil, adotou-se recentemente, na esteira da experiência europeia, um passaporte para cães e gatos, no afã de atribuir segurança à sua circulação. O passaporte, que é opcional, pressupõe a implantação de um microchip no animal com dados sanitários, relativos a vacinas e exames veterinários, além da identificação do proprietário.[71]

A popularização dos microchips, em sua rica diversidade, não deve ser refreada como exercício vazio de resistência a um novo avanço tecnológico. Se, por um lado, certos usos bizarros lhes têm sido atribuídos, por outro, há exemplos de grande valia, como o microchip que captura e armazena imagens de células cancerígenas, permitindo que os médicos identifiquem com antecedência a difusão de certo câncer, orientando, assim, com maior eficiência o tratamento do paciente.[72] Assim como o desenvolvimento da internet e o mapeamento do genoma humano, os microchips representam avanços tecnológicos que não devem ser rejeitados. Seus usos e finalidades é que devem ser controlados pela ordem jurídica a fim de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.

Em particular, a interferência sobre a privacidade alheia não pode ser implementada como efeito natural ou subproduto necessário das inovações tecnológicas que surgem no mercado. São as inovações tecnológicas que devem ser (re)adaptadas para evitar a violação à privacidade. Tal violação somente pode ser admitida quando justificada à luz de uma delicada ponderação com outros interesses igualmente protegidos, como a proteção à saúde, à identidade e assim por diante. Esta é uma constatação a que não apenas os juristas, mas todas as pessoas, devem

---

[69] *Big Brother nas Lixeiras*, *O Globo*, edição de 19.3.2010, p. 37.

[70] Entre 1992 e 1993, a Europa experimentou um surto de encefalopatia espongiforme bovina, vulgarmente conhecida como "mal da vaca louca". Trata-se de uma doença neurodegenerativa que afeta o gado doméstico bovino, provocando agressividade, nervosismo e falta de coordenação dos membros.

[71] Decreto 7.140, de 29.3.2010.

[72] *Células Raras do Câncer Aparecem em Nova Técnica*, *O Globo*, edição de 31.3.2010.

permanecer atentas. Mesmo porque, com alguma frequência, são os próprios titulares do direito à privacidade os primeiros a promoverem a sua violação.

33 De volta ao *Big Brother*

Foi durante aquela aula que lhe ocorreu o óbvio. Expostos os contornos fundamentais do direito à privacidade, o professor de Direito Civil perguntou aos alunos quais deles topariam participar do Big Brother Brasil. Uma onda de mãos percorreu a sala. Só os sinceros representavam 80% da turma. Eis um dos maiores desafios para o direito à privacidade: sua proteção não sofre apenas ameaças externas, mas convive não raro com um contraponto interno, que vem do seu próprio titular. A ânsia pela exposição pública, que representa para tantos uma oportunidade ímpar de sucesso e reconhecimento, conduz a um apressado descarte do próprio direito ao resguardo.[73]

Nenhum dos direitos da personalidade representa valor superior à pessoa humana. São atributos que o ordenamento jurídico tutela unicamente em função do seu titular. Nesse contexto, a vontade individual do titular da privacidade não pode ser desconsiderada, sob pena de se impor uma proteção artificial, contrária aos próprios desígnios do indivíduo. A propósito, lembra José Gomes Canotilho que, "numa sociedade composta por milhões de indivíduos portadores das mais diversas, incomensuráveis e antagônicas concepções mundividenciais e valorativas, e frequentemente portadores de interesses e objetivos completamente diferentes, é impossível e indesejável impor a todos eles uma determinada concepção de privacidade e muito menos transformar unidimensionalmente o direito à privacidade num dever de privacidade".[74] Em outras palavras: é fácil criticar os *reality shows*, que propagam uma cultura de desnudamento (às vezes, literal) da intimidade dos seus participantes. Difícil é não correr o risco de ser elitista e antidemocrático ao condenar uma modalidade de entretenimento que bate todos os recordes de audiência.

A vontade dos participantes de restringir sua privacidade, por certo lapso de tempo e sob certas condições, é uma vontade legítima. A situação não é muito diversa do lutador que, por certa quantia, consente em entrar no ringue, com sério risco à sua integridade física, ou do praticante de *bungee jumping* que salta em um profundo precipício para bater uma marca qualquer. São opções histórica e socialmente aceitas. Ao direito não compete vedar, *a priori*, a escolha personalíssima de

---

[73] Sobre o tema, ver Ilton Norberto Robl Filho, *Direito, Intimidade e Vida Privada*, Curitiba: Juruá, 2010, p. 117-122.

[74] José Joaquim Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, *Reality Shows e Liberdade de Programação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 57.

participar dessas atividades. A mera escolha, contudo, não deve ser considerada suficiente.

Embora altamente relevante, a vontade individual não pode ser tida como bastante para a chancela jurídica. Muitas vezes, a vontade humana não exprime um desejo genuíno e consciente, mas uma necessidade de aderir a práticas sociais e econômicas contrárias ao bem-estar da própria pessoa. O papel do direito consiste justamente em controlar tais práticas, assegurando que os direitos da pessoa humana permanecerão protegidos em todas as etapas da atividade e que o consentimento da pessoa representa sua escolha consciente e informada, fruto de uma verdadeira autonomia.

Não há, nessa perspectiva, motivos para demonizar os *reality shows*. Nem devem os juristas ignorar o fenômeno pela mera dificuldade de examiná-lo à luz de uma perspectiva comprometida com a tutela da privacidade. Melhor que dar as costas à realidade é exigir que o direito atue de modo a garantir a proteção da pessoa, exigindo: (i) o consentimento plenamente informado dos participantes, (ii) a definição de espaços de intimidade a salvo da exposição pública, (iii) a edição e filtragem de imagens que tragam risco significativo aos retratados e assim por diante. Medidas absolutas, de caráter proibitivo, só devem ser adotadas em casos extremos. E tais casos existem, bem diante de nós.

34 Aquários humanos e o futuro da privacidade

"Esta semana vai ser quente" – anunciou reportagem jornalística que dava conta da instalação, em *shopping center* do Rio de Janeiro, de uma casa de vidro onde permaneceriam confinados por diversos dias potenciais participantes da nona edição do Big Brother Brasil. "Emanuel, Josiane, Maíra e Daniel ficarão dentro dessa gaiola luxuosa durante uma semana e, enquanto o público assiste ao vivo o dia a dia dos *brothers*, também pode votar numa tela em quem gostaria de ver dentro da casa do Projac a partir da próxima semana". Na mesma matéria, o superintendente do *shopping* afirmou que "os lojistas e, principalmente, os responsáveis por restaurantes e lanchonetes estavam preparando seu estoque para dar conta da horda de espectadores famintos".[75]

A fome do público pela vida alheia parece mesmo não ter limites. Por essa razão, o direito não pode renunciar à difícil e, por vezes, antipática tarefa de controlar e impor condições para a exposição da vida privada em cada situação concreta.

[75] *Aquário do BBB Vira Atração em Shopping*, reportagem publicada no jornal *O Globo*, edição de 15.1.2009. p. 13.

Ainda que tal exposição seja consentida, cumpre não perder de vista que o consentimento por si só não torna legítima qualquer intervenção na esfera pessoal.

Confinar pessoas em casas de vidro, montadas como atrativo comercial em *shopping centers*, pode ser considerado por algumas pessoas simples estratégia de marketing, mas pode ser também entendido como uma intolerável exploração da intimidade alheia. Aí, ao contrário do que ocorre no já polêmico programa televisivo, a vida privada dos participantes é exposta ao público sem qualquer espécie de filtragem ou edição. Além disso, a ausência de um âncora para se corresponder com os participantes torna sua atuação muito menos ativa, convertendo-os em verdadeiro objeto do olhar alheio. Por fim, transportada para o *shopping center*, a prática suprime o momento da escolha do espectador, que é involuntariamente confrontado com a casa de vidro. Pior: no novo ambiente, a exposição dos participantes distancia-se do campo do lazer e do entretenimento para funcionar como recurso direta e imediatamente dirigido ao incremento de atividade comercial dos lojistas. Aqui, parece oportuno relembrar que o direito não pode "assistir" passivamente a situações que, sob o manto da aceitação dos envolvidos, representem séria ameaça à sua dignidade humana, com efeitos nocivos para a sociedade como um todo.

A limitação voluntária do exercício da privacidade, embora aceita pela sociedade contemporânea, deve ocorrer com as necessárias cautelas, empreendendo-se o máximo esforço para proteger a dignidade daquele que, embora consentindo com a interferência na sua vida privada, o faz muitas vezes sem a exata noção dos reflexos que a atitude pode gerar sobre a sua personalidade no presente ou no futuro. Aos arquitetos dessa nova modalidade de entretenimento cumpre antecipar os riscos que pendem sobre a esfera pessoal dos envolvidos e protegê-los, na máxima medida possível. O futuro da privacidade depende, em larga medida, da consciência de que o debate sobre a exposição excessiva deve anteceder o incremento das inovações. Não se pode fazer para depois pensar. E pensar é imprescindível para evitar a redução da pessoa humana a simples objeto da curiosidade alheia.

6 Direito ao Nome e à Identidade Pessoal

I am my name.

(resposta de um imigrante ao oficial do registro britânico que sugeriu alterar a grafia do seu nome, a fim de facilitar sua pronúncia em inglês)

1 A proteção ao nome e o caso Wonarllevyston Bruno

Wonarllevyston Garlan Marllon Branddon Bruno Paullynelly Mell (e seguem mais quatro apelidos de família que foram preservados), de 13 anos, solicitou retificação de nome perante a 5ª Vara de Fazenda e Registros Públicos de Campo Grande. Em audiência, sua mãe, Dalvina Xuxa, esclareceu que o nome do adolescente é fruto de diversas sugestões feitas por amigos e parentes, mas reconheceu ter exagerado no produto final. O juiz ressaltou que a mãe procurou enfeitar o nome do filho, mas o resultado acabou "caracterizando um capricho que achou espaço na negligência do oficial de registro".[1]

Compreendido, historicamente, como instrumento necessário para garantir a segurança coletiva por meio da precisa identificação de cada indivíduo no meio social, o nome foi regulado no Brasil como verdadeira questão de Estado. Na esteira das normas que lhe antecederam, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31.12.1973) declarou a obrigatoriedade do registro do nascimento, com a indicação de nome composto de prenome e sobrenome (também chamado nome de família ou patronímico). Seu art. 59 afirmava, na redação original: "O prenome será imutável." De fato, muito embora a Lei de Registros Públicos admitisse a retificação

[1] Confira-se a matéria publicada no *site* do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (<www.tjms.jus.br>), sob o título *Uns Sem Registro e Outros com Nomes Esdrúxulos na Justiça de MS*.

por erro gráfico evidente e já proibisse os oficiais de registro de aceitarem "prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores" (atual art. 55, parágrafo único), o diploma acolheu como regra geral a imutabilidade do nome, "salvo os casos especiais de emenda ou alteração, expressamente previstos e sujeitos à autorização judicial".[2]

A concepção rígida do nome, como sinal distintivo imodificável, foi sendo gradativamente temperada pela legislação brasileira. Permite-se, hoje, a alteração em um conjunto variado de hipóteses, que abrange a retificação da grafia do nome em virtude do erro no registro, a tradução do nome estrangeiro em casos de naturalização, a alteração do prenome suscetível de expor o seu titular ao ridículo, a alteração ou substituição do prenome com a inclusão de apelido público notório, a alteração do nome em virtude de adoção, a alteração do nome no primeiro ano após a maioridade civil desde que não prejudique os nomes de família, e assim por diante.[3]

Dentre as inovações mais recentes, mencione-se a edição da Lei 11.924, de 17 de abril de 2009, que acrescentou ao art. 57 da Lei de Registros Públicos nova hipótese de alteração do nome, por inclusão do sobrenome do padrasto ou madrasta:

> "Art. 57. [...]
>
> § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família."

Embora, ainda hoje, a possibilidade de alteração do nome seja vista como excepcional, restrita às hipóteses taxativamente previstas em lei, a melhor jurisprudência tem interpretado de modo extensivo as condições legais que a autorizam. O Superior Tribunal de Justiça já acolheu, por exemplo, pedido de supressão do sobrenome paterno apresentado por quem havia sido abandonado pelo pai quando tinha sete meses de idade. Concluiu a corte na ocasião:

> "Assim, se o nome é o traço característico da família, razão assiste ao recorrente em pleitear a retirada do patronímico. Seu pai, como afirmado e reconhecido na sentença, nunca foi presente, nunca deu assistência moral ou econômica a ele e à sua mãe. Diz que, com isso, se sente exposto ao ridículo. E realmente o deve ser [...]."[4]

---

[2] Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. I, cit., p. 245.

[3] Para uma análise pormenorizada das hipóteses legais de alteração do prenome e do sobrenome, ver: José Roberto Neves Amorim; Vanda Amorim, *Direito ao Nome da Pessoa Física*, Rio de Janeiro: Campus, 2010.

[4] STJ, Recurso Especial 66.643/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 21.10.1997.

O acórdão reconheceu que, nesse gênero de ações judiciais, o magistrado não deve se entregar ao seu conceito pessoal, mas deve examinar as razões íntimas e psicológicas do autor da demanda, que pode levar uma vida atormentada por conta do nome que carrega. Tormento que pode, aliás, derivar não exatamente da grafia do nome, mas da sua sonoridade, como no caso do descendente de japoneses, Kumio Tanaka. Manifestando seu desejo de escapar ao cacófato, o autor requereu a alteração do prenome ao Poder Judiciário, passando a chamar-se Jorge.[5] Precedentes assim revelam a crescente ampliação do espaço de autodeterminação pessoal no tocante ao nome, cuja alteração deve ser concedida sempre que não motivada por "mero capricho" ou "finalidade de burlar ou prejudicar terceiros".[6]

O jovem Wonarllevyston Bruno já não é mais Marllon Branddon. Obteve na Justiça o que pretendia: conservar o primeiro prenome, "pelo qual é conhecido", mas se despedir dos demais, com exceção de Bruno.[7] O mesmo resultado foi alcançado por um sem-número de pessoas, em casos que sensibilizaram o Poder Judiciário. Somente pelas Varas de Fazenda e Registros Públicos de Campo Grande, onde o caso de Wonarllevyston Bruno foi apreciado, já passaram Altezevelte, Alucinética, Claysikelle, Frankstefferson, Hedinerge, Hezenclever, Hollylle, Hugney, Khristofer Willian, Maxwelbe, Maxwelson, Mell Kimberly, Necephora Izidoria, Starley, Uallas, Udieslley, Ulisflávio, Venério, Walex Darwin, Waterloo, Wildscley, Wochton, Wolfson, Yonahan Henderson, Locrete e muitas outras vítimas da criatividade dos pais.[8]

As cortes brasileiras não têm, todavia, deixado de exercer seu poder de controle, vedando a alteração do nome quando não identificam "motivo suficiente" para tanto. Tome-se como exemplo o famoso caso Silveirinha.

2 Sobrenome vexatório e o caso Silveirinha

Ex-Subsecretário de Administração Tributária do Rio de Janeiro, Rodrigo Silveirinha foi acusado de envolvimento em um esquema de corrupção de auditores fiscais, que ficou conhecido como Propinoduto.[9] Seu nome ganhou as páginas dos jornais de todo o país. Na sequência do episódio, seus filhos propuseram ação judicial com o intuito de suprimir o "Silveirinha" dos seus sobrenomes, sob a alegação

---

[5] RT 443/146.

[6] Maria Celina Bodin de Moraes, *Sobre o Nome da Pessoa Humana*, *Revista da EMERJ*, v. 3, nº 12, 2000, p. 59.

[7] Veja-se, além da matéria já citada, a reportagem intitulada *Um Garoto Chamado Wonarllevyston Bruno*. Disponível no *site* do *Correio Braziliense* (<www.correiobraziliense.com.br>).

[8] *Uns sem Registro e Outros com Nomes Esdrúxulos na Justiça de MS* (<www.tjms.jus.br>).

[9] TRF-2ª Região, processo judicial nº 2003.51.01.500281-0.

de que o patronímico lhes vinha criando diversos transtornos, como perseguição e humilhações no ambiente escolar.

Examinando o pleito, o Tribunal de Justiça do Estado negou provimento ao pedido dos filhos, com base no art. 56 da Lei de Registros Públicos, que somente autoriza a alteração do nome quando "não prejudique os apelidos de família". É de se notar que, alternativamente, os autores pretendiam a substituição do incômodo Silveirinha por Dionizio, sobrenome da família materna, pretensão que foi rechaçada, com igual fundamento, pelo Tribunal. Também não vislumbrou a corte qualquer ofensa às normas constitucionais de tutela da dignidade humana, ressaltando, ainda, que o sobrenome tem por escopo a proteção da entidade familiar, tutelada constitucionalmente.[10]

A vedação contida no art. 56 da Lei de Registros Públicos não pode ser tomada em sentido absoluto. Embora o sobrenome tenha, de fato, a função de conservar a unidade familiar, a tutela da pessoa humana não pode deixar de prevalecer diante da proteção à família, entidade intermediária que não é merecedora de tutela em si, mas tão somente como *locus* privilegiado de desenvolvimento dos seus integrantes.[11] Nesse contexto, tanto quanto o prenome, o sobrenome deve ser tido como modificável sempre que puder impor risco ao pleno desenvolvimento da personalidade, seja por expor seu titular ao ridículo, seja por razões atinentes à realização familiar ou à segurança do indivíduo, como no caso de testemunha que altera seu nome para escapar a ameaça ou coação criminosa. Tais hipóteses, já insculpidas na Lei de Registros Públicos (arts. 57 e 58), devem ser vistas como meramente exemplificativas das situações em que o nome serve de embaraço ao pleno desenvolvimento da personalidade, não podendo o Poder Judiciário deixar de considerar outras situações manifestadas em concreto.

Claro que não se pode admitir que uma pessoa altere constantemente o seu nome, com o propósito de confundir a sociedade e escapar, por exemplo, à cobrança de dívidas ou ao dever de alimentos. Isso porque, diferentemente de outros direitos da personalidade, "o nome responde a um interesse que é, a um só tempo, público e individual".[12] A garantia social representada pelo nome não pode, todavia, autorizar o fetichismo da imutabilidade ou impor uma presunção de má-fé sobre todo aquele que pretenda modificar o modo como é chamado.

---

[10] TJRJ, Apelação Cível 2003.001.12476, 3.9.2003. Houve Recursos Especial e Extraordinário, ainda pendentes de julgamento.

[11] Gustavo Tepedino, *Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do Casamento e da Família não Fundada no Matrimônio, Temas de Direito Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

[12] Maria Celina Bodin de Moraes, *Sobre o Nome da Pessoa Humana, Revista da EMERJ*, v. 3, nº 12, 2000, p. 74.

A justificativa para um controle judicial situa-se exatamente no dever do magistrado de aferir, concretamente, quais riscos a mudança traz para o grupo social. Decisões que rejeitam pedidos de alteração do nome devem, portanto, ser fundamentadas com a indicação específica da ameaça que a modificação traz à coletividade, sendo aceitável que se impeça a adoção de novo nome por quem, por exemplo, figura como devedor em concurso de credores ou como suspeito em investigação criminal. Diversa é a situação de adolescentes, que, desgostosos da carga negativa representada pelo sobrenome de um dos pais, pessoa associada a escândalo público, pleiteiam a alteração dos seus nomes, como modo de evitar chacotas e pilhérias nos ambientes que frequentam. Embora o caso não seja simples, parece difícil negar aos filhos o direito de se desfazerem do laço terminológico que os une a um evento constrangedor, capaz de lhes perseguir por toda a vida, impedindo sua real identificação por outras pessoas, que possivelmente se apressarão, como é frequente na vida social, em associá-los a delitos e fraudes vinculados ao sobrenome da família paterna.

Como se vê, a proteção da dignidade humana impõe urgente inversão na abordagem dos pedidos de modificação do nome: não é o seu acolhimento, mas a sua rejeição, que depende de "motivo suficiente". Somente assim o direito ao nome pode assumir sua verdadeira vocação de direito da personalidade, atraindo para a esfera de autodeterminação pessoal não a mera questão do uso do nome, mas também a sua definição, como símbolo primeiro de identificação da pessoa. É sob essa perspectiva que o direito ao nome deve ser examinado.

3 Direito-dever ao nome e o art. 16 do Código Civil

O que a legislação infraconstitucional consagra expressamente não é um direito, mas um dever ao nome. A Lei de Registros Públicos impõe a indicação de um nome para toda pessoa natural no momento do seu nascimento. Nos atos solenes da vida civil, somos confrontados a todo momento com uma exigência de identificação, sempre pelo nome. Não sendo lícito que qualquer pessoa deixe ter um nome, parece bastante evidente que o nome é antes um dever que um direito. Ainda assim, o art. 16 do Código Civil estatui:

> "Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome."

A rigor, a disciplina jurídica do nome abrange três aspectos: (i) o *direito de ter um nome*, que é, na verdade, um dever ou, no dizer mais comedido da doutrina,

um "misto de direito e de obrigação",[13] já que, por força do caráter compulsório do registro de nascimento, ninguém pode deixar de ostentar um nome como signo que o identifica no meio social; (ii) o *direito de interferir no próprio nome*, que é a faculdade de obter a alteração do próprio nome nas hipóteses em que a lei assim autoriza, hipóteses que, como já se viu, vêm sendo interpretadas de modo cada vez mais abrangente pelo Poder Judiciário, a tal ponto que já se pode vislumbrar o surgimento de um verdadeiro espaço de autodeterminação da pessoa no tocante ao seu nome; e, por fim, (iii) o *direito de impedir o uso indevido do próprio nome por terceiros*.

Esse último aspecto vem, ainda hoje, confundido, por razões históricas, com a própria essência do direito ao nome. A lente patrimonialista do direito civil tradicional insiste em enxergar o nome como coisa, reservando-lhe uma proteção análoga àquela que é reservada à propriedade privada.[14] Ainda preso a essa concepção, o Código Civil de 2002 não se preocupou em consagrar o nome como espaço de autodeterminação da pessoa ou em ampliar as hipóteses de sua alteração por vontade do seu titular. Preocupou-se tão somente em proteger o nome da pessoa contra a utilização indevida por terceiros, bem ao exemplo do que faz com as coisas. Mesmo aí, a codificação incorreu em equívocos, como se pode ver de uma análise mais cuidadosa dos seus arts. 17 e 18.

4 O art. 17 do Código Civil: confusão entre nome e honra

Se, de um lado, é evidente a necessidade coletiva de designar as pessoas pelos seus nomes na vida social, de outro lado, não se pode permitir que o nome de certa pessoa seja utilizado por terceiros de modo indevido. A dificuldade está, portanto, em determinar quando o uso do nome alheio revela-se ilegítimo e quando, ao contrário, sua utilização é legítima.

A distinção não pode assentar exclusivamente sobre a autorização prévia do titular do nome. O uso não autorizado do nome nem sempre é ilegítimo: o nome de um famoso químico pode ser citado em uma obra científica, o nome do advogado pode ser mencionado pelo juiz na audiência, o nome de um escritor pode ser veiculado, por diversas vezes, no âmbito de uma crítica literária, por mais dura que seja. Em uma sociedade democrática, plural e dinâmica, não se pode imaginar que exijam autorizações prévias gestos tão pueris quanto chamar alguém na rua pelo seu próprio nome.

---

[13] Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 8. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, p. 329.

[14] Danilo Doneda, Direitos da Personalidade. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 50.

No afã de estabelecer critérios capazes de identificar o uso indevido do nome alheio, o art. 17 do Código Civil determina:

> "Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória."

Incorreu aí o legislador em lamentável confusão entre o direito ao nome e o direito à honra. A exposição de qualquer pessoa "ao desprezo público" é vedada por afetar seu direito à honra, sendo evidente que o uso do nome assume, na redação do dispositivo, o caráter de mero instrumento da violação a outro atributo da personalidade, do qual já se tratou em capítulo próprio. O direito ao nome possui autonomia e sua tutela não pode ficar a depender da configuração de uma lesão à honra ou a qualquer outro atributo da personalidade.

Além disso, tampouco é verdade que o nome de uma pessoa não pode ser empregado em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público. Se um jogador de futebol causa grave acidente de trânsito, não há dúvida de que o jornal tem o direito de veicular seu nome como parte da notícia.[15] O mesmo acontece se determinado político é condenado por crime de corrupção. Em situações assim, o uso dos nomes poderá, sem dúvida alguma, expor seus titulares "ao desprezo público", mas nem por isso se pode considerar vedada a sua veiculação, como expressão legítima que é da liberdade constitucional de informação.

Nesse particular, pode-se dizer que, no art. 17, o legislador incorre no mesmo equívoco que o acometeu ao tratar no art. 20 do direito à imagem. Também aqui, a solução passa pela ponderação entre o interesse constitucional à proteção do nome, como expressão da dignidade humana, e a liberdade de informação, tutelada igualmente em sede constitucional. Sendo o fato verdadeiro e havendo interesse do público na notícia, não há, a princípio, razão legítima para impedir o emprego do nome alheio. A conclusão pode, contudo, ser diferente se houver risco grave para o titular do nome, como ocorre nos casos de reportagens sobre crimes, que devem deixar de veicular o nome das vítimas diante da possibilidade de represália por parte dos criminosos envolvidos.[16]

É de se atentar, ademais, como já se advertiu no tocante ao direito de imagem, à essencialidade ou não da veiculação do nome para informar o público acerca do fato. A identificação nominal do político condenado por corrupção é imprescindível

---

[15] Bem mais complexa foi a hipótese envolvendo o jogador Edmundo, cuja alcunha "Animal" foi empregada no título de matéria jornalística relativa a acidentes de trânsito. O tema será abordado, em detalhes, ainda neste capítulo.

[16] Valem aqui as considerações feitas no capítulo anterior, em que se cuidou do problema sob o prisma do direito à privacidade.

para informar, adequadamente, a sociedade acerca do ocorrido. Já a veiculação do nome completo da jovem que pratica nudismo em praia afastada não se afigura indispensável em reportagem voltada a retratar a mudança de hábitos na juventude contemporânea.

Esses e outros aspectos delicados envolvidos na ponderação entre a liberdade de informação e o direito ao nome passaram inteiramente despercebidos pelo art. 17, que não reconhece qualquer espaço para o sopesamento, nem traz parâmetros que possam ser úteis ao magistrado na solução de tais conflitos. A única real tentativa de valoração do legislador civil em relação ao uso do nome ocorreu no art. 18 da codificação, mas acabou aí inspirada pela velha ótica patrimonialista. É o que se passa a examinar.

5 O art. 18 do Código Civil e a vedação ao uso do nome alheio em propaganda comercial

Em julho de 2008, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou sentença de primeiro grau que concedeu a estudante universitário indenização pelo uso indevido de seu nome em propaganda comercial. Aprovado no disputado concurso para ingresso na Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o vitorioso vestibulando surpreendeu-se com a inclusão do seu nome em lista divulgada na internet, a título publicitário, por curso preparatório que jamais frequentou. A hipótese foi examinada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que acabou por conceder indenização ao rapaz pela indevida utilização do seu nome em propaganda comercial.[17]

O fundamento da decisão foi o art. 18 do Código Civil, no qual se lê:

> "Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial."

O propósito do legislador foi impedir que alguém obtenha benefícios econômicos com base na utilização do nome alheio. Aqui, a codificação parece ter se deixado levar pelo exacerbado patrimonialismo que marcou o Código Civil de 1916. Todo o problema do uso indevido do nome aparece reduzido à sua repercussão econômica. Com isso, o art. 18 acaba dizendo menos do que deveria dizer. Primeiro, não há qualquer razão para ter se limitado à "propaganda comercial".

Imagine-se, a título de argumentação, que o nome de certa pessoa seja veiculado em propaganda eleitoral, que a aponta como defensora do candidato. A

---

[17] TJRS, Embargos Infringentes 70025123647, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 18.7.2008.

propaganda aí não é "comercial", mas não há dúvida que se deveria obter a prévia autorização do mencionado. Ao contrário do que sugere a literalidade do art. 18, sem a autorização do seu titular, o nome alheio não pode, em princípio, ser utilizado em propaganda de qualquer natureza, seja comercial ou não.

Melhor seria que o legislador brasileiro tivesse empregado fórmula genérica como aquela de que se vale, por exemplo, o Código Civil italiano, ao assegurar proteção a quem "possa sofrer prejuízo a partir do uso que outros indevidamente façam do nome".[18] A coibição do uso do nome alheio em uma única hipótese (uso em propaganda comercial) sugere que, nos demais casos, a autorização é dispensada, o que não corresponde à melhor orientação na matéria. O art. 18 deve ser interpretado, de fato, como norma puramente exemplificativa, destinada a regular apenas uma das muitas situações em que a utilização do nome alheio pode ser considerada indevida. Outras há que não encontram previsão nem no art. 18, nem nos demais dispositivos que regulam a tutela do nome. Merecem, por isso mesmo, redobrada atenção do jurista.

6 Nome de domínio e o caso www.carolinaferraz.com.br

Sociedade do ramo de estacionamentos obteve junto ao órgão competente o registro do domínio cibernético www.carolinaferraz.com.br, onde passou a veicular material de cunho pornográfico. A atriz Carolina Ferraz promoveu ação judicial contra a sociedade detentora do domínio, bem como contra o órgão responsável pelo registro. Seus advogados conseguiram, já em sede liminar, decisão que ordenou a retirada do *site* do ar e a transferência da titularidade do domínio à autora da demanda.[19] Tem-se aí uma clara hipótese de uso indevido do nome alheio.

O critério seguido no Brasil para o registro de domínios na internet é o da prioridade do requerimento. A Resolução 1/1998 do Comitê Gestor da Internet no Brasil pretendeu transferir ao requerente toda e qualquer responsabilidade pelo uso indevido do domínio, como se vê em seu art. 1º:

> "Art. 1º O Registro de Nome de Domínio adotará como critério o princípio de que o direito ao nome do domínio será conferido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do requerimento, as exigências para o registro do nome, conforme as condições descritas nesta Resolução e seus Anexos.

---

[18] No original: "*Art. 7. Tutela del diritto al nome. La persona, alla quale si contesti il diritto all'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall'uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni (2563). L'autorità giudiziaria può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali.*"

[19] TJRJ, Processo 2008.001.314865-0, Juiz Magno Alves de Assunção, 8.10.2008.

> [...]
>
> § 2º Constituem obrigações do requerente a escolha adequada e o uso regular do nome de domínio requerido, a observância das regras previstas nesta Resolução e seus Anexos, bem como das constantes do documento de Solicitação de Registro de Nome de Domínio.
>
> § 3º A escolha do nome de domínio requerido e a sua adequada utilização são da inteira responsabilidade do requerente, o qual, ao formular o requerimento do registro exime o CG e o executor do registro, se outro, de toda e qualquer responsabilidade por quaisquer danos decorrentes de seu uso indevido, passando a responder por quaisquer ações judiciais ou extrajudiciais que resultem de violação de direitos ou de prejuízos causados a outrem."

A insuficiência da regulamentação torna-se evidente diante do número extraordinário de demandas envolvendo disputas sobre a titularidade de domínios. O controle exercido pelo Comitê Gestor assume caráter meramente formal, de maneira que a imensa maioria dos conflitos acaba se resolvendo no Poder Judiciário. A doutrina tem, de modo geral, se concentrado sobre os efeitos comerciais do registro indevido, sustentando que comete crime de concorrência desleal (Lei 9.279/1996, art. 195, incisos III e V) quem "astuciosamente registra endereço eletrônico para confundir usuário ou consumidor, registrando como núcleo marca ou título de estabelecimento comercial de outrem".[20]

Mesmo, contudo, que o registro não assuma caráter comercial, a utilização indevida do nome alheio, especialmente de pessoa física, na composição do domínio registrado, encontra obstáculo no ordenamento jurídico brasileiro. A associação do nome de certa pessoa a uma atividade que não lhe diz respeito, mesmo quando a atividade desenvolvida não seja capaz de expor a pessoa ao "desprezo público" (art. 17), nem tenha escopo comercial (art. 18), afronta aspecto importante da dignidade humana. Tal aspecto reside em uma visão mais ampla e substancial da tutela do direito ao nome, não apenas como proteção da palavra em si, mas como estímulo a uma identificação social da pessoa que corresponda, de fato, à sua personalidade.[21]

Mesmo que assim não fosse, o registro do domínio com o emprego de nome alheio para atividade que nenhuma relação guarda com o titular do nome encontraria obstáculo na própria disciplina do direito de propriedade, por ferir sua função socioeconômica. De fato, o proprietário deve ser privado da proteção do domínio registrado, sempre que sua utilização se revelar incompatível com a própria finalidade perseguida pelo ordenamento ao autorizar a apropriação privada do domínio de internet (Código Civil, arts. 1.228, § 1º, e 2.035, parágrafo único). Pior: aquele que registra domínio de internet com base em nome alheio, movido pela exclusiva finalidade de lucrar com

---

[20] Gustavo Testa Corrêa, *Aspectos Jurídicos da Internet*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23.

[21] Trata-se do direito à identidade pessoal, que será examinado neste mesmo capítulo.

sua transferência, pratica ato emulativo vedado pelo art. 1.228, § 2º, do Código Civil, de modo que sua conduta vem reprimida quer pelas normas que tutelam o direito ao nome, quer pela própria disciplina da propriedade privada, norteada pelo cumprimento de sua função social e da repressão ao abuso do direito.

O caso relatado é apenas um exemplo da amplitude e variedade de conflitos que podem surgir em torno do direito ao nome. Não há como limitar sua proteção ao âmbito das lesões à honra ou ao uso desautorizado em propagandas comerciais. Aliás, mesmo nos casos em que o titular autoriza o emprego do próprio nome, controvérsias podem surgir.

7 Autorização para uso do nome

O art. 18 ressalva expressamente a possibilidade de uso do nome alheio quando houver autorização do seu titular. A autorização pode ser emitida gratuitamente ou mediante remuneração. Não é válida a autorização geral e irrestrita para uso do nome, devendo o consentimento dirigir-se sempre a situação específica e pontual. Como limitação ao exercício de um direito da personalidade, a autorização deve ser interpretada restritivamente, entendendo-se abrangida apenas a utilização com a qual tenha havido efetiva concordância do titular.

Sem prejuízo disso, a autorização pode ser tácita, derivando do comportamento inequívoco do titular do nome, como no exemplo corriqueiro do passante que responde a uma pergunta formulada por repórter, informando, em seguida, o seu nome completo. Também aqui, entretanto, a interpretação há de ser restritiva, tomando-se como autorizado tão somente o uso do nome do entrevistado em relação ao fornecimento daquela resposta específica e contextualizada, sem que haja sugestão de associação a aspectos não abordados expressamente na pergunta.

Há, como já se esclareceu, hipóteses em que, apesar da ausência de autorização expressa ou tácita do titular, o uso do nome alheio afigura-se legítimo. Trata-se do resultado de ponderação entre interesses constitucionalmente protegidos, a exigir o adequado balanceamento à luz das circunstâncias do caso concreto, exatamente como já se advertiu em relação a outros direitos da personalidade, como o direito à privacidade e o direito à imagem. É certo, contudo, que a autorização para uso do nome nessas instâncias não pode ser deturpada para a realização de outros fins. Foi o que ocorreu em caso paradigmático, envolvendo o apresentador Luciano Huck.

8 O caso Luciano Huck

Famoso por ter lançado personagens como Tiazinha e Feiticeira, Luciano Huck faz sucesso como apresentador de televisão. Além de jornalismo, Luciano frequentou

a prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e não deve ter hesitado em recorrer ao Poder Judiciário quando viu seu nome veiculado, sem qualquer autorização, no informe publicitário de um lançamento imobiliário de alto luxo. A construtora do imóvel e a sociedade de consultoria responsável pela comercialização das unidades foram citadas para contestar a ação. Em sua defesa, alegaram que tinham se limitado a reproduzir matéria jornalística publicada, tempos antes, na Revista *Veja São Paulo*. A matéria dava notícia da concentração de imóveis de alto luxo em certa rua da cidade, citando o apresentador Luciano Huck como um dos seus ilustres moradores. As rés reproduziram, em anexo ao informe publicitário, parte de reportagem, sustentando que, por essa razão, a autorização do mencionado era dispensável.

O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido formulado na ação proposta pelo apresentador. Sustentou, em síntese, que a situação não se enquadrava no art. 18 do Código Civil, por falta de vinculação direta e específica entre o anúncio e o nome de Luciano Huck. Afirmou, ademais, que o episódio não teria gerado mais que o mero aborrecimento do autor, sendo insuficiente para a configuração do dano moral.

A sentença foi reformada pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Entenderam os Desembargadores que, embora os réus tenham se limitado a anexar reprodução da matéria jornalística, era inegável a menção ao nome do autor com o propósito de dar "enfoque comercial e econômico ao empreendimento imobiliário".[22] O acórdão demonstra, com razão, que o importante não é tanto a forma da utilização do nome alheio, mas a sua finalidade, que somente quando exprima outro interesse de igual hierarquia poderá ser invocada para dispensar a autorização do titular do nome.

9 Pseudônimo

Os nomes de José Ribamar Ferreira, Agenor de Miranda Araújo Neto e Paulo César Batista de Faria talvez não tragam ao leitor qualquer recordação especial. É que Ferreira Gullar, Cazuza e Paulinho da Viola fazem parte daquele grande universo de artistas que se tornou mais conhecido por seu pseudônimo. A prática de inventar um nome fictício para se fazer representar é adotada tanto por quem quer facilitar seu reconhecimento, abreviando ou tornando mais sonoro o nome de batismo, quanto por aqueles que pretendem se manter ocultos, como no exemplo notório de Julinho de Adelaide, pseudônimo adotado pelo cantor Chico

[22] TJSP, Apelação Cível 994.04.041367-0, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, 28.9.2010.

Buarque na época em que canções como *Apesar de você* e *Cálice* foram censuradas pela ditadura militar brasileira.

O pseudônimo adquire, por vezes, uma importância prática bem maior que a do próprio nome. Não é fácil imaginar quantas pessoas assistiriam a um filme do cineasta Allan Stewart Kõnigsberg sem saber que se trata de Woody Allen, ou quantos fãs saudariam na rua o guitarrista Saul Hudson sem pronunciar seu sonoro nome de palco: *Slash*. A repercussão marcante que o pseudônimo pode assumir no meio social justifica lhe seja reservada proteção legal idêntica à do nome. É o que assegura o Código Civil, em seu art. 19:

> "Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome."

No termo *pseudônimo* deve se entender incluída qualquer modalidade de nome fictício desenvolvida com finalidade lícita, ainda que tecnicamente distinta do pseudônimo. Exemplo ilustrativo é o da heteronímia, que se caracteriza pela criação de vários nomes aos quais se atribuem personalidades distintas. Ricardo Reis, Alberto Caeiro e Álvaro de Campos não são apenas nomes fictícios de Fernando Pessoa, mas instrumentos de manifestação artística de personalidades distintas e, sob diversos aspectos, contraditórias. Tudo muito ao gosto do poeta português que, em passagem memorável, afirmou:

> "É uma falta de cortesia com os outros ser sempre o mesmo à vista deles; é maçá-los, apoquentá-los com a nossa falta de variedade. Uma criatura de nervos modernos, de inteligência, sem cortinas, de sensibilidade acordada, tem a obrigação cerebral de mudar de opinião e de certeza várias vezes no mesmo dia."[23]

O uso de pseudônimo em propaganda comercial ou sua utilização de modo a expor seu titular ao desprezo público são práticas vedadas, por força da aplicação conjunta dos arts. 17, 18 e 19 do Código Civil. Além disso, embora seja livre a criação do pseudônimo, deve-se coibir a usurpação de pseudônimos já estabelecidos no meio social. Ninguém imaginará ser legítimo o ato de um cantor em início de carreira que decide, hoje, adotar o nome artístico de "Gilberto Gil". Ao contrário, todavia, do que sugerem os casos mais extremos, não é nada simples a tarefa de verificar se houve ou não "apropriação" indevida de pseudônimo alheio. Relembre-se, a título ilustrativo, o caso Tiririca.

---

[23] Do Contraditório como Terapêutica de Libertação. *Obras em Prosa*, Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986, p. 581.

10 O caso Tiririca e a impropriedade do critério registral na tutela do pseudônimo

"Bote tudo no meu nome" é o sugestivo título de uma canção de Francisco Everardo de Oliveira e Silva, artista cômico que passou a se apresentar, a partir de 1996, em programas de rádio e televisão sob o pseudônimo Tiririca. Hoje deputado federal, Tiririca foi citado, já em 1997, para responder a ação indenizatória proposta por Ubyrajara Vianna, que alegou utilizar idêntico pseudônimo, desde os cinco anos de idade, em suas apresentações como palhaço em circos, teatros e programas de televisão.

A sentença julgou improcedente o pedido ao argumento de que a legislação "não garante aos artistas ou técnicos de espetáculos o uso exclusivo, *erga omnes*, de pseudônimos ou nomes artísticos". Em sede de apelação, a decisão de improcedência foi mantida, embora com outro argumento. Calcou-se o tribunal na existência de registro do pseudônimo, em nome do réu, junto ao INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial.[24] O conflito chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que privilegiou o acórdão. Concluiu a corte que, diante da impossibilidade de qualificação do pseudônimo como obra protegida pela legislação autoral e da existência de registro junto ao INPI em favor do réu, garantindo-lhe o uso exclusivo do nome Tiririca, nenhuma indenização era devida ao autor.[25]

O precedente é bastante criticável. Não sendo o pseudônimo o fruto de um registro formal, como ocorre com o nome, mas sim uma criação do espírito, é de se privilegiar, ao contrário do que sustenta o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, a sua efetiva utilização e reconhecimento no meio social. Por exemplo, o fato de alguém deter o registro do nome Zeca Pagodinho no INPI afigura-se irrelevante diante da sólida fama do artista que já emprega, na prática, tal denominação. Não se deve ceder ao equívoco de reservar ao pseudônimo o mesmo olhar "registral" que se reserva, por força de lei, ao nome. O pseudônimo é um fenômeno eminentemente fático, protegido com base na sua repercussão social. É essa realidade social que deve ser levada em consideração na decisão de disputas em torno de certo pseudônimo.

Nessa direção, algumas codificações estrangeiras chegam mesmo a condicionar a proteção jurídica do pseudônimo à sua "notoriedade", como faz o Código Civil português em seu art. 74:

---

[24] Registrou-se no acórdão: "Pois bem: não se há de, aqui, perquirir sobre a possibilidade legal, ou não, de se registrar e patentear 'pseudônimo'. O fato é que o réu o registrou, como nos atesta o documento de fls. 169, valendo sua concessão desde 13.5.1997. Portanto, convenha o apelante que, lamentavelmente, enquanto não tornado sem efeito tal registro, não é cabal que se tolha ao réu tal utilização e, muito menos, que se o condene a pagar qualquer indenização por uso indevido, já que, por enquanto, legal."

[25] STJ, Recurso Especial 555.483/SP, 14.10.2003.

> "Artigo 74º (Pseudónimo)
>
> O pseudónimo, quando tenha notoriedade, goza da protecção conferida ao próprio nome."

A tutela do pseudônimo legitima-se, essencialmente, pelo seu uso na vida social. Desnecessárias se fazem aqui as cautelas que a doutrina civilista empregava ao tratar daquilo que, em mais um exemplo da influência histórica do modelo proprietário no tratamento jurídico do nome, chegou a se chamar de "posse do nome, pela qual se comprova ter o indivíduo, realmente, o nome que usa pacificamente durante muitos anos".[26] Se o uso não é capaz de alterar o nome, permanentemente vinculado ao registro civil, diversa é a situação do pseudônimo, que pode ser livremente alterado, substituído ou abandonado, por ser mera criação intelectual.

O que compete ao Poder Judiciário verificar, em disputas em torno do pseudônimo, é quem o ostenta de modo público e reconhecível. O uso social deve ser a pedra de toque na solução desse gênero de conflitos. E, assim como ocorre com o nome, a existência de homônimos não deve ser rejeitada, admitindo-se a convivência de pseudônimos idênticos em campos de atuação distintos, quando inexistir prejuízo palpável a qualquer dos titulares. Outra solução possível é a aposição de expressões identificadoras ao lado do pseudônimo original (ex.: "o palhaço Tiririca" ou, em outro exemplo notório, "o político Garotinho"), de modo a possibilitar o mais pronto reconhecimento da figura pública à qual o pseudônimo se refere.

O que não se deve fazer, de modo algum, é privilegiar, nos conflitos gerados por pseudônimos, o formalismo do dado registral. Isso significaria retirar de alguém socialmente reconhecido por certa alcunha sua principal identificação, para entregá-la a quem detém um canhoto ou um número de protocolo. Ingressaria o direito brasileiro, por razões bem menos nobres, naquele mundo que não tinha nomes:

> "Antes de amar-te, amor, nada era meu
>
> Vacilei pelas ruas e as coisas:
>
> Nada contava nem tinha nome:
>
> O mundo era do ar que esperava."

Versos de Ricardo Eliezer Basoalto. Pseudônimo: Pablo Neruda, de cujo registro não se tem notícia.

---

[26] Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 161.

11 Apelidos notórios e o exemplo de Luiz Inácio

"Luiz Inácio falou, Luiz Inácio avisou." É o refrão da mais polêmica faixa do CD que marcou, em 1995, o retorno dos *Paralamas do Sucesso* ao cenário musical brasileiro. Inspirada pelo escândalo dos "anões do orçamento", a canção intitulada *Luiz Inácio (300 Picaretas)* criticava as velhas estruturas da política nacional, a partir de um comentário do homem que representava, então, a esperança de uma alteração radical no modo de governar o país. Para os propósitos deste livro, Luiz Inácio Lula da Silva assume uma importância mais singela: é exemplo cristalino de aplicação do art. 58 da Lei de Registros Públicos, que autoriza a substituição ou alteração do prenome com a inclusão de "apelidos públicos notórios".

O apelido, registre-se, é coisa diversa do pseudônimo. O pseudônimo é um nome fictício criado pelo indivíduo, enquanto o apelido é, quase sempre, produto da iniciativa alheia, que ganha força no meio social, independentemente e às vezes até contra a vontade do apelidado. Justamente por essa razão, a lei não estende ao apelido a proteção do pseudônimo, nítida manifestação da liberdade intelectual do seu titular. Ainda assim, a lei autoriza que quem o desejar inclua no próprio nome o apelido, desde que público e notório. Confira-se o dispositivo da Lei de Registros Públicos, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.708, de 11 de novembro de 1998:

> "Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios."

Desse modo, por iniciativa do titular, o apelido público notório pode vir a integrar ou mesmo substituir o prenome originário, passando a contar com a proteção jurídica que o ordenamento reserva ao nome. Embora esteja ao alcance de todos, o recurso vem normalmente utilizado por pessoas célebres, cujo apelido assume importância comercial, publicitária ou institucional.

Maria da Graça Meneghel fez da alcunha sua marca registrada, em programas dedicados ao universo infantil, como Xou da Xuxa e Xuxa Star. Valendo-se da faculdade legal, alterou seu nome no registro civil, passando a chamar-se Maria da Graça Xuxa Meneghel. Também pelo acréscimo oficial de seu célebre apelido, Luiz Inácio tornou-se Luiz Inácio Lula da Silva, como passou a ser chamado inclusive nas urnas eleitorais que o conduziriam à Presidência da República. Com Lula, todavia, assumiram outros nomes, que acabariam por reproduzir velhas estratégias de poder, em um escândalo tão chocante quanto o que havia inspirado a famosa faixa musical.

12 Apelidos indesejáveis e o caso do *Animal*

Talvez o mais célebre personagem da literatura brasileira, Dom Casmurro inicia seu cativante relato explicando que o apelido lhe foi dado por um conhecido, magoado por ter visto o protagonista adormecer enquanto ele recitava versos de sua própria autoria durante uma viagem de trem da cidade para o Engenho Novo. "Não consultes dicionários. Casmurro não está aqui no sentido que eles lhe dão, mas no que lhe pôs o vulgo de homem calado e metido consigo. *Dom* veio por ironia, para atribuir-me fumos de fidalgo. Tudo por estar cochilando!"[27]

Apelidos indesejáveis perseguem pessoas que, frequentemente, não adotam qualquer atitude para livrarem-se deles. Com efeito, trata-se, no mais das vezes, de mero aborrecimento derivado do convívio social, incapaz de justificar uma demanda jurídica, que acabaria por trazer ainda mais atenção à lamentada alcunha. Entretanto, se, por circunstâncias especiais, o apelido ascende a uma importância capaz de causar lesão à reputação do sujeito ou à sua própria integridade psicológica, não há por que se excluir a adoção de medidas judiciais de caráter inibitório que impeçam o emprego do termo, especialmente nos meios de comunicação. Tampouco o pedido indenizatório pode ser descartado, mas o resultado da iniciativa dependerá de inúmeros fatores, como o efetivo potencial lesivo da alcunha, o contexto de sua utilização e a ausência de consentimento do apelidado com a utilização da expressão em outras situações pregressas.

Caso polêmico envolveu o jogador de futebol Edmundo, apelidado de *Animal* pela imprensa desportiva carioca, em alusão à sua aguerrida dedicação em campo e ao seu comportamento explosivo dentro dos gramados. Edmundo acabaria por envolver-se em um acidente de trânsito com vítimas fatais e a Revista *Veja* publicaria, anos depois do fato, uma reportagem sob o título "Animais no Volante – Casos como o do jogador Edmundo mostram o que a Justiça pode fazer contra a barbárie do trânsito". A matéria vinha ilustrada com uma foto em que o jogador fazia expressão raivosa. A imagem havia sido publicada, muitos anos antes, na Revista *Placar*, especializada em futebol.

Edmundo promoveu ação de indenização por danos morais contra a editora responsável pela publicação da Revista *Veja*. A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido, diante da inexistência de "deturpação ou manipulação dos fatos, na medida em que a matéria apenas consignou os fatos que envolveram o acidente provocado pelo autor que culminou na morte de três pessoas e em sua condenação por sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça". Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a decisão para condenar a editora ao pagamento de indenização por danos morais, ao seguinte argumento:

---

[27] Machado de Assis. *Dom Casmurro*, 27. ed., São Paulo: Ática, p. 13.

> "O fato de o autor ter se envolvido em acidente fatal de repercussão na mídia e considerado culpado nas ações cíveis e criminais próprias, não lhe retira a proteção constitucional à sua imagem e à sua honra, que não podem servir ao bel-prazer das empresas jornalísticas, que têm sua atividade limitada pela Constituição Federal e pela Lei de imprensa. [...] A utilização de fotografia não autorizada e fora de contexto maculou a reportagem, inicialmente de caráter educativo, transformando-a em publicação sensacionalista e ofensora à dignidade humana."

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça. O relator do Recurso Especial, Ministro Massami Uyeda, votou pelo provimento parcial do recurso interposto pela editora, a fim de alterar o critério de cálculo da indenização, que deveria, no seu entendimento, ser mantida. Divergindo do relator, o Ministro Sidnei Beneti votou pelo provimento do recurso da editora, a fim de julgar improcedente o pedido formulado na ação. Sustentou, em síntese:

> "Essa imagem integrava-se do epíteto de Animal, que o Autor, como atleta e figura pública, concordou em criar – a ponto de, quando da pose para a foto para a Revista Placar, reproduzida na capa da Revista *Veja* em causa, haver feito, como disse a petição inicial, voluntariamente, 'cara de mau' [...] Dessa imagem já haviam resultado ao Autor, evidentemente, positivas vantagens, inclusive patrimoniais, no decorrer da longa carreira pública de atleta de sucesso, com a contrapartida, contudo, da abertura de caminho para a exposição crítica, negativa em sutil debate de prevalência de imagem, realizado pela opinião pública, que ao Poder Judiciário não é dado definir, condicionar, dar forma positiva ou negativa. Nessa ordem de considerações, pode-se admitir que a publicação tenha causado consequência de aborrecimento ao Autor. Mas não foi ela, a Revista, quem forneceu as condições fáticas para esse sofrimento. Não foi ela, a revista, quem criou o termo e a imagem, que já se encontravam introjetadas na opinião pública, que já a recebia de forma positiva, ora negativa, dependendo das circunstâncias que se ajuntassem aos fatos da vida, nem desencadeou ela os fatos de trânsito que levaram à lembrança da figura pública do autor na matéria jornalística."[28]

O voto acabou acompanhado pelos demais Ministros, tendo-se declarado a improcedência do pedido de reparação por danos morais formulado pelo atleta. O resultado não foi tecnicamente o melhor. Se, de um lado, não há dúvida de que o jogador usufruiu do apelido ambíguo durante a sua carreira, de outro, a reutilização de fotografia pertencente ao acervo de revista desportiva, na qual fazia, deliberadamente, "cara de mau", configura, a toda evidência, conduta reprovável da editora, consubstanciada na veiculação de imagem destacada de seu contexto originário, como já restou explicado no capítulo atinente ao direito de imagem.

---

[28] STJ, Recurso Especial 1021688/RJ, 23.6.2009.

O uso indevido da fotografia vem aqui agravado pelo uso do apelido, igualmente descontextualizado.

13 Cirurgias de readequação de sexo e mudança de nome

Depois de dez anos de vida conjugal na Dinamarca, com um marido francês e um filho adotado segundo a legislação francesa, uma brasileira chamada Juracy, que havia se submetido anos antes a uma cirurgia de readequação de sexo, veio ao interior da Bahia para visitar sua família. Decidiu, então, adotar com o marido um menino abandonado, de seis anos de idade, "à moda brasileira", ou seja, registrando-o como filho do casal. Juracy foi presa pela Polícia Federal no momento em que pretendia obter o passaporte para a criança, tendo-lhe sido imputada a prática dos crimes de uso de documento falso (Código Penal, art. 304), promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior (Lei 8.069/90, art. 239) e falsidade ideológica (Código Penal, art. 299), além de ter sido impugnada pelo Ministério Público a adoção da criança por um "casal homossexual".

Juracy foi recolhida ao pavilhão masculino do presídio de Água Santa, no Rio de Janeiro, onde foi submetida à mais vil degradação. Seus filhos foram enviados a um asilo de menores. O pai, também denunciado, foi posto em liberdade mediante o pagamento de fiança e retornou ao país de origem. A desestruturação da entidade familiar foi, enfim, completa.[29] Ao fim do processo criminal, ambos os réus foram absolvidos. Apesar disso, danos irreparáveis foram produzidos por conta da absoluta insensibilidade das autoridades públicas às especiais circunstâncias do caso concreto.[30]

A alteração do nome no registro civil em virtude de cirurgia de transgenitalização tem enfrentado injustificada resistência de autoridades públicas e oficiais de registro. Levados ao Poder Judiciário, tais conflitos acabam ficando ao sabor das opiniões pessoais dos magistrados. Se em sua maioria as decisões são merecedoras de aplausos, em alguns casos revelam, pela boca do Estado, o mais injustificado preconceito. Confira-se, a título ilustrativo, o seguinte acórdão:

> "Retificação no Registro Civil. Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. [...] O homem que almeja transmudar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma 'genitália' com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de

[29] O caso foi analisado sob perspectiva crítica e pioneira por Gustavo Tepedino, *Direitos Humanos e Relações Privadas*, *Temas de Direito Civil*, cit., p. 59-78.

[30] TRF-1ª Região, Apelação Criminal 92.18299-0/RJ, 8.3.1993, Rel. Des. Tânia Heine.

jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência."[31]

Por sorte, decisões como essa não exprimem a orientação dominante nas cortes brasileiras. Na maior parte dos casos, a alteração do nome tem sido autorizada pelo Poder Judiciário, como bem sintetiza a ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

> "Alteração no registro de nascimento de nome e sexo. Cirurgia de mudança de sexo. Transexualismo. Sentença que tece considerações de natureza penal entendendo haver crime de lesão corporal em razão de a cirurgia que causa ablação do órgão sexual masculino parecendo não considerar o consentimento do ofendido como descriminante e julga extinto o processo por impossibilidade jurídica do pedido em razão de não haver legislação que ampare o pedido autoral. Parecer do Ministério Público, em primeiro grau em sentido contrário, entendendo que, quanto à retificação de registro civil e mudança de sexo 'a primeira providência encontra previsão legal, enquanto a segunda foge, por completo, à esfera do Direito'. Política governamental permitindo que hospitais públicos realizem cirurgia de mudança de sexo custeadas pelo Sistema Único de Saúde. Laudos médico e psicológico indicando a cirurgia de 'correção genital'. Pessoa com físico e aparência de mulher que se veste como mulher, e é conhecida como mulher. Constrangimento ao ser identificada por documentos como pertencendo ao sexo masculino. Possibilidade das alterações pretendidas à míngua de inexistência de proibição legal. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. [...]."[32]

Como já se viu no capítulo atinente ao direito ao próprio corpo, a autorização normativa para a realização das cirurgias de readequação de sexo (Código Civil, art. 13 c/c Resolução CFM 1.482/1997) lançou por terra qualquer argumento de ilicitude da mutilação inerente ao referido procedimento cirúrgico. Autorizada a cirurgia, parece um contrassenso querer negar reconhecimento aos seus efeitos, por força de uma suposta imutabilidade do registro civil. Quanto à alteração do nome, não pode haver dúvida: a hipótese insere-se, a toda evidência, no âmbito de aplicação do art. 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), que autoriza a alteração do nome que expõe o sujeito ao ridículo. Assim, não há sequer a necessidade de recorrer aos princípios constitucionais, extraindo-se claramente da legislação infraconstitucional a possibilidade de alteração do nome que submeta

---

[31] TJRJ, Apelação Cível 1993.001.06617, 18.3.1997.

[32] TJRJ, Apelação Cível 2008.001.17016, Rel. Des. Ronaldo Álvaro Martins, 22.10.2008 (íntegra do acórdão protegida por segredo de justiça).

a pessoa a constrangimento, por se mostrar incompatível com o seu sexo anatômico. Esse caminho tem sido seguido por diversas decisões judiciais.[33]

Quanto à alteração do sexo no registro civil, os tribunais brasileiros vêm lhe opondo alguma resistência, ao argumento de que inexiste dispositivo legal que a autorize. O caso mais famoso envolveu a atriz Roberta Close.

14 O caso Roberta Close

Nascida Luís Roberto, Roberta Close submeteu-se, em 1989, a uma cirurgia de readequação sexual, na Inglaterra. Em 1992, conseguiu autorização para a alteração do registro civil por decisão judicial de 1ª instância, que acabou revertida em sede de recurso.[34] Nova ação judicial foi proposta, com base em laudos médicos que demonstraram as características hormonais femininas da autora. Foi só em 2005 que ela obteve, enfim, a alteração do assentamento registral, por decisão judicial comemorada pela família. Ao ser informado da vitória de Roberta após uma batalha judicial de dez anos, seu pai teria declarado: "Ganhei uma filha."[35]

Embora o caso Roberta Close represente um importante precedente judicial em conflitos do gênero, a alteração do sexo no registro civil ainda é rejeitada por diversos magistrados Brasil afora. Argumentam, por exemplo, que a "cirurgia de mudança de sexo não é modificadora do sexo", mas "mera mutilação do órgão genital", já que, para a "ciência moderna", a "diferença encontrada nos cromossomos sexuais é a chave para a determinação do sexo". O novo é invocado para justificar o velho. Na mesma linha, sustentam, ainda, que a "retificação do sexo no assento de nascimento tem como pressuposto lógico a existência de erro" e que, no caso de cirurgia, inexiste erro, já que o paciente, "apesar da aparência feminina, ostenta cromossomos masculinos".[36]

Os argumentos não procedem. Partem de uma premissa equivocada: a visão do sexo como um imperativo genético. Aportes relevantes da psicologia, da sociologia e da antropologia vêm demonstrando que o sexo é, antes de tudo, uma noção cultural. Se é verdade que a biologia desempenha um papel importante na sua definição, também é verdade que outros fatores contribuem ou até prevalecem sobre o dado biológico. Se, diante da mesma evolução científica que permite identificar

---

[33] Ver, neste sentido, entre outras, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 165.157.4/5, Rel. Des. Boris Kauffmann, 22.3.2001.

[34] Revista Forense 328/196.

[35] Para detalhes sobre a disputa judicial, ver a obra de Lucia Rito, *Muito prazer, Roberta Close*, Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1998.

[36] Os trechos entre aspas foram extraídos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível 2007.001.24198, em 7.8.2007.

a "diferença encontrada nos cromossomos sexuais", uma pessoa pode alterar o seu sexo anatômico, qual é a razão para que o direito se negue a enxergar essa mudança? O que dirão os cientificistas se amanhã for descoberta uma forma de alterar os cromossomos sexuais?

A função do registro civil é dar segurança à vida em sociedade. Um registro civil que atribua a uma pessoa um sexo que ela não ostenta na vida social é um registro "falso", "errado", que exige retificação.[37] Tal qual o nome, o sexo deve ser visto não como um estado registral imutável ou como uma verdade superior ao seu titular, mas como um espaço essencial de realização da pessoa humana. Já se viu que o direito contemporâneo vem se abrindo a uma certa autonomia da pessoa na alteração do seu nome, sempre que não haja risco a um interesse coletivo (como no caso do devedor contumaz ou do suspeito de investigação criminal, que pretende dificultar sua identificação). A mesma abordagem deve ser reservada ao sexo, para reconhecê-lo como uma esfera de livre atuação e desenvolvimento da pessoa. A ciência caminha nesse sentido e aqui convém que o direito não fique para trás.

15 Direito do autor de ter seu nome vinculado à obra

Outro campo onde a proteção ao nome assume importância peculiar é o dos direitos autorais. A Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, assegura em seu art. 24 os chamados direitos morais do autor, entre os quais se incluem o de "conservar a obra inédita" (inciso III) e o de "modificar a obra, antes ou depois de utilizada" (inciso V). O dispositivo traz, em seu inciso II, o direito moral do autor que nos interessa mais de perto:

> "Art. 24. São direitos morais do autor:
>
> [...]
>
> II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra."

Como se vê, o autor de uma obra intelectual tem, para além de eventuais direitos patrimoniais decorrentes do seu uso, o direito de ter seu nome vinculado à obra, em qualquer utilização que lhe seja dada. Tal direito, na linguagem da Lei 9.610/1998, "transmite-se" aos (*rectius*: pode ser defendido pelos) sucessores do autor no caso de sua morte (art. 24, § 1º) e sua defesa compete ao Estado no caso de obra caída em domínio público (art. 24, § 2º). A Lei de Direitos Autorais deixa

---

[37] "Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro."

claro, ainda, que o autor não pode alienar ou renunciar ao direito de ter seu nome associado à obra, como ocorre também com os demais direitos morais do autor (art. 27).

Quer por sua natureza extrapatrimonial, quer por seu caráter inalienável e irrenunciável, não são poucos os juristas que incluem os direitos morais do autor dentro da categoria dos direitos da personalidade. Outros afirmam, contudo, que a inclusão é indevida por não serem os direitos morais do autor inerentes a qualquer pessoa humana, mas tão somente àquela que se qualifique como "autor" de obra intelectual. De qualquer modo, não há dúvida que merecem elevada proteção. E o legislador brasileiro parece estar especialmente atento a isso.

A Lei de Direitos Autorais chega, inclusive, a ser excessivamente rigorosa em alguns aspectos, como no tocante à reprodução de obra literária ou científica. Os rigores têm fomentado debate no meio especializado, onde se discute, já há algum tempo, a conveniência de uma nova lei que promova uma efetiva reforma no campo dos direitos autorais, de modo a tornar sua disciplina mais compatível com a realidade atual e com o direito de acesso à cultura.[38] Um dos pontos a merecer revisão crítica por parte dos especialistas é o conceito de "obra", que pode gerar embaraços no exercício do direito de vinculação da criação intelectual ao nome do seu autor. Foi o que demonstrou a experiência do grafiteiro Márcio José da Silva, codinome *Swk*.

16 O caso do grafiteiro Márcio Swk

Cena carioca. Enquanto caminha pelo *shopping center* Rio Sul, Márcio é surpreendido ao ver nas vitrines de determinada loja uma reprodução do grafite que havia pintado no muro do Colégio de Aplicação da UFRJ, na Lagoa. A reprodução havia ocorrido sem qualquer autorização e, pior, não se encontrava na vitrine a necessária identificação do autor. Consciente dos seus direitos, o grafiteiro moveu ação judicial, contestada pela sociedade ré ao argumento de que o grafitismo consistia em simples técnica, e não em obra intelectual protegida pela Lei de Direitos Autorais. Invocou, além disso, o art. 48 da Lei de Direitos Autorais, que determina:

> "Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais."

---

[38] Para uma visão crítica e um panorama sempre atualizado dos direitos autorais no Brasil, recomenda-se a leitura do blog *sobreautoral* de Bruno Lewicki, no endereço <sobreautoral.wordpress.com>.

Contrariando a histórica marginalização do grafitismo, a preciosa sentença judicial deu ganho de causa a Márcio Swk. Calcando-se em perícia especializada, o juiz concluiu:

> "Na hipótese, houve reprodução não autorizada de obra específica e não de simples técnica de grafitismo, pois é possível identificar os traços característicos da produção intelectual do autor. [...] No que diz respeito ao art. 48 da Lei de Direitos Autorais, note-se que não há proteção autoral de obras situadas em logradouros públicos, desde que estas integrem a paisagem ou se tratem de monumentos públicos, como o Cristo Redentor ou o Pão de Açúcar. No caso, o *graffiti* do autor não foi pintado no muro da Lagoa para tais fins, mas para divulgação da sua criação, como é comum nos *graffitti*. O entendimento contrário teria o condão de retirar do grafitismo qualquer proteção legal, sujeitando tal setor das artes plásticas ao seu total abandono à pirataria intelectual, pois vem quase sempre exposto em muros da cidade."[39]

A sentença atribuiu a Márcio Swk a quantia de R$ 12 mil a título de indenização por danos materiais. Reconheceu, também, a necessidade de ressarcir os danos morais decorrentes da violação ao direito do autor de ter seu nome associado à obra:

> "Deve também ressarcir os danos morais, considerando que a obra foi exposta sem a identificação do autor. Cite-se o melhor entendimento no assunto: 'Direito autoral. Reprodução fonográfica. Obra artística. Omissão do nome. Dano moral [...] A omissão do nome do co-autor da obra dá lugar a indenização por danos morais com fundamento no art. 24, II, c.c. art. 108, ambos da Lei 9.610/98.' (Apelação Cível 20.795/2003, Rel. Des. Mario Roberto Manheimer, julg. 1/6/2004, TJRJ, 16ª Câmara Cível). Nesse sentido, estimo os danos morais em R$ 6 mil, em conformidade com outros julgados deste Tribunal em casos do gênero."[40]

Como se vê, também no campo dos direitos autorais, a proteção ao nome e ao pseudônimo assume especial relevância, como sinal identificador da autoria de obras intelectuais. À pessoa humana deve-se resguardar o direito de ter associada a seu nome aquilo que lhe diz respeito e, do mesmo modo, de não ter vinculada a si fatos ou coisas que nada digam consigo. Trata-se de enxergar o direito ao nome em uma nova perspectiva, mais ampla e mais substancial, que pode ser denominada de direito à identidade pessoal.

---

[39] Processo 2004.001.132663-0. Sentença proferida pelo juiz João Marcos de Castello Branco Fantinato, da 34ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, em 29.4.2008.

[40] Idem.

17 Direito à identidade pessoal

"Uma das poucas coisas, antes talvez a única coisa que eu sabia ao certo era essa: que me chamava Mattia Pascal."[41] Inicia-se assim o célebre romance de Pirandello sobre o homem que, lendo no jornal a notícia equivocada da própria morte, decide passar a viver como alguém que não era, descobrindo-se, após um período inicial de satisfação, atormentado pela presença constante daquele que foi um dia. A frase inaugural da obra revela, com força literária, que o nome representa bem mais que o sinal de reconhecimento do seu titular pela sociedade: o nome estampa a própria identidade da pessoa humana.

Atenta a isso, a doutrina italiana desenvolveu, a partir da década de 1970, o chamado direito à identidade pessoal, que abrange a proteção ao nome, mas vai muito além, alcançando sua relação com os diferentes traços pelos quais a pessoa humana vem representada no meio social. Trata-se, em outras palavras, de um "direito de 'ser si mesmo' (*diritto ad essere se stesso*), entendido este como o respeito à imagem da pessoa participante da vida em sociedade, com a aquisição de ideias e experiências pessoais, com as convicções ideológicas, religiosas, morais e sociais que diferenciam a pessoa e, ao mesmo tempo, a qualificam".[42]

O professor que, por exemplo, tem repetidamente associada a si uma tese científica que jamais defendeu sofre um desrespeito à sua dignidade. Não se trata de violação à sua honra (a tese, note-se, pode ser mesmo admirável, só não é sua), nem tampouco de violação à sua privacidade ou à sua imagem. Trata-se de violação ao seu nome em um sentido bem mais amplo, que corresponde à sua própria identidade pessoal. É também o que ocorre com o sujeito que vem associado, em certa reportagem, a uma orientação política ou religiosa da qual não partilha. O direito à identidade pessoal protege a pessoa humana contra esses atos que a coloquem, na eloquente expressão italiana, *sotto falsa luce* (sob falsa luz), apresentando-a de modo errôneo no meio social.[43]

Exemplo ilustrativo tem-se em caso do qual já se deu notícia no primeiro capítulo deste livro. Um advogado de São Paulo foi surpreendido, em certa manhã, ao perceber que sua foto ilustrava uma matéria publicada pelo jornal *Folha de S. Paulo*. Na foto, o advogado aparecia abraçando um conhecido em frente a um café, sob o título "Bairro de São Paulo atrai vizinhança homossexual". O objeto da reportagem era um bairro paulista, cujos bares e cafés atrairiam o chamado "público GLS",

---

[41] Luigi Pirandello, *Il fu Mattia Pascal*, Trento: Einaudi, 2006, p. 3, tradução livre.

[42] Maria Celina Bodin de Moraes, *Sobre o Nome da Pessoa Humana*, *Revista da EMERJ*, v. 3, nº 12, 2000, p. 71.

[43] Giuseppe Cassano, *I Diritti Della Personalità e le Aporie Logico Dogmatiche di Dottrina e Giurisprudenza – Brevissimi Cenni*, Disponível no *site* Diritto & Diritti: <www.diritto.it>.

formado por "gays, lésbicas e simpatizantes". O estabelecimento comercial, em frente ao qual aparecia o advogado, era descrito no texto como "o local preferido para os *blind dates*, ou encontro às escuras, marcados pela internet entre pretendentes que ainda não se conhecem pessoalmente".

O advogado propôs ação judicial contra o jornal, argumentando que a imagem foi usada sem sua autorização, que havia duas mulheres que foram deliberadamente apagadas da fotografia e que, além de tudo, é heterossexual. A demanda foi julgada procedente, condenando-se a entidade jornalística ao pagamento de R$ 250.000,00. O resultado foi mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao argumento de que havia dano à "imagem" do autor:

> "[...] a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral".[44]

É certo que a imagem do autor da demanda foi empregada sem sua autorização, o que resulta em violação ao seu direito de imagem e na consequente indenização. Não há dúvida, contudo, de que o dano causado no caso concreto foi bem superior ao que derivaria da simples utilização não autorizada da fotografia em uma matéria que tratasse, por exemplo, do hábito de beber cafés em São Paulo. Não se deve, contudo, supor que haja aqui dano à honra. Juridicamente, ninguém pode sofrer descrédito na sua reputação por adotar uma ou outra orientação sexual. Ainda que o preconceito impere, de fato, em certos setores da sociedade brasileira, admitir isso como premissa do dever de indenizar, no caso concreto, seria acobertar a discriminação indevida.

O caso é, claramente, de violação à identidade pessoal. Atribui-se ao retratado uma orientação sexual que não lhe é própria, apresentando-o "sob falsas luzes" aos leitores do jornal. Não se trata, aqui, de examinar valorativamente a apresentação equivocada (se prejudicial ou não à reputação do autor ou ao sentimento que detém de si mesmo), mas de corrigi-la e sancioná-la pelo simples fato de não se mostrar verdadeira. O dado veiculado é objetivamente falso em relação à pessoa mencionada. Daí alguns autores entenderem que a identidade pessoal integra o direito à privacidade, por contemplar, em última análise, a genuína relação entre a pessoa e seus dados pessoais.

Outros autores preferem reservar lugar autônomo à identidade pessoal, quer pela sua aptidão a elevar a proteção do nome a patamar mais substancial que a tutela formalista que lhe vem tradicionalmente assegurada, quer pela peculiaridade dos instrumentos destinados à proteção da identidade pessoal, cuja inspiração é substancialmente diversa daqueles reservados à tutela da privacidade, ao menos

---

[44] STJ, Recurso Especial 1.063.304/SP, 26.8.2008.

em sua acepção original. Afirma-se, nesse sentido, que, "quando o sujeito é ferido na sua identidade pessoal tem o direito e a necessidade de intervir para a 'reconstrução' da sua identidade", do modo mais público e difuso possível, ao contrário do que ocorreria na hipótese de violação à privacidade, em que a vítima teria preferência por remédios que não chamem ainda mais atenção para o dado íntimo que restou transpassado.[45]

Já se viu, contudo, que o direito à privacidade vem sendo tomado em acepção mais ampla que a simples tutela da intimidade, para abranger o controle da captação e utilização de dados pessoais. Nessa concepção mais abrangente, a privacidade e a identidade pessoal aproximam-se de modo talvez indistinto. Seja como for, o importante é que se enfatize, dentro do âmbito de proteção à dignidade humana, esse fundamental aspecto da personalidade representado pela correta identificação do indivíduo no seu meio social. A ênfase é mais que necessária e se faz mesmo urgente diante dos riscos trazidos pelo uso de novas tecnologias, em especial das chamadas redes sociais.

18 Perfis falsos no Twitter, Orkut e Facebook

Renato Portaluppi foi a grande estrela da final do Campeonato Carioca de 1995. Faltando quatro minutos para o fim da partida, marcou um inesquecível "gol de barriga", que deu o título ao Fluminense, deixando desolada a imensa torcida da equipe rival. Consagrado como jogador, ídolo em tantos times, Renato atua hoje como técnico de futebol. Acostumado a se livrar da marcação firme dos zagueiros, o craque acabou driblado na internet. Um perfil falso do ex-jogador foi criado no Twitter e já conta com mais de 36.000 seguidores. Ali, um falso Renato Gaúcho, que se apresenta como "ex-campeão de tudo" e "eterno pegador", envia mensagens do tipo:

> "Eu como técnico do Brasil vou colocar uma pista de dança dentro da concentração [...] Aguardo a CBF reconhecer meus títulos no futevôlei como campeonatos brasileiros [...] Chegar aos mil seguidores no Twitter foi mais fácil do que ajudar o Romário a marcar o milésimo gol. Aquilo sim torrou meu saco."[46]

Os perfis falsos de celebridades, também conhecidos como *fakes*, viraram uma febre nas redes sociais, como Twitter, Facebook e Orkut. Quando declaradamente jocosos, não apresentam tanto risco para a vítima porque são logo identificados

---

[45] Giuseppe Cassano, *I Diritti Della Personalità e le Aporie Logico Dogmatiche di Dottrina e Giurisprudenza – Brevissimi Cenni*, cit.

[46] Extraído de <twitter.com/renato_gaucho>, em 10.1.2011.

pelos internautas como gozação. O verdadeiro Renato Gaúcho já declarou, por exemplo, que se diverte lendo as mensagens do seu falso perfil. O problema se torna sério, contudo, naqueles perfis que se aproximam muito da realidade.

A atriz Alinne Moraes tem mais de 120.000 seguidores no Twitter. Seu perfil dá detalhes das gravações de novelas, relata seus afazeres diários e contém até comentários sobre restaurantes e casas noturnas. Tudo falso. "A Alinne não tem nenhum perfil na internet. Ela não tem Orkut, Facebook ou Twitter", esclarece sua assessoria de imprensa.[47] A criação de perfis falsos de celebridades vem se propagando de tal maneira que já há mesmo um troféu para premiar os melhores de cada ano. Trata-se do "Troféu Vitor Fasano de Twitter", batizado em homenagem ao ator Vitor Fasano, vítima de um dos *fakes* mais difundidos do universo virtual. Embora não tenha adotado nenhuma atitude concreta para impedir a veiculação do seu falso perfil, Fasano declarou: "Se houvesse uma legislação apropriada no Brasil para coibir este tipo de invasão, certamente em respeito a mim e às pessoas que são enganadas por este tipo de manifestação, evidentemente, tomaria providências."[48]

Não há dúvida de que ações judiciais podem ser promovidas contra o criador de um falso perfil, por violação do direito à identidade pessoal, atributo integrante da dignidade humana (Constituição, art. 1º, III). Ninguém pode apropriar-se da identidade alheia, ainda que a título de mera brincadeira. Não falta no direito brasileiro base normativa para tal ação judicial. O problema é que, na imensa maioria dos casos, o criador é anônimo e desconhecido.

Na impossibilidade de identificar o autor do perfil falso, algumas pessoas têm promovido ações judiciais contra a companhia gestora do *site* de relacionamentos. A hipótese é controvertida e não encontra previsão específica no ordenamento jurídico brasileiro. Em casos envolvendo redes sociais, a maior parte das decisões judiciais tem considerado a companhia gestora do *site* responsável pelos danos derivados do perfil falso, desde que não identifique o verdadeiro responsável.

Foi o que decidiu, por exemplo, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em ação judicial promovida por mulher que teve um perfil falso criado no Orkut. O perfil apresentava diversas informações verdadeiras da autora, incluindo referência ao seu trabalho, mas lhe atribuía qualidades e comportamentos de cunho pornográfico, com fotos de sexo explícito. Registrou-se no processo que a vítima soube do ocorrido "através de uma sobrinha de quinze anos, que recebeu um convite para adicioná-la". Após examinar o caso, o Desembargador Alexandre Câmara concluiu, em voto acompanhado por seus pares:

---

[47] Perfil falso no Twitter dá dor de cabeça a celebridades, reportagem publicada no *site* da *Revista Veja* em 26.11.2009.

[48] Victor Fasano fala sobre perfil falso no twitter, entrevista publicada em 17.7.2008 no *site* Globo.com.

> "Ainda que se considere a dificuldade de se fiscalizar os conteúdos de tudo o que é lançado nas páginas do Orkut, como sustenta a empresa ré, é possível verificar a procedência das informações, conforme, inclusive, foi feito após a apresentação desta apelação [...] logo, se a ré possui meios, como comprovou tardiamente, de identificar o autor da ofensa, e não o fez, responderá pelo anonimato deste, restando claro o dever de compensar o dano sofrido."[49]

Outra orientação vem surgindo, contudo, no âmbito de alguns tribunais estaduais. Inspirando-se na doutrina norte-americana do *notice and take down*,[50] alguns magistrados têm entendido que a verificação prévia do conteúdo inserido na rede é tarefa impossível ou extremamente dificultosa, de maneira que lançar sobre os *sites* de relacionamento a responsabilidade pelos atos de terceiros não identificáveis representaria ônus excessivo. Diante disso, têm adotado solução que acreditam intermediária, estatuindo que os gestores de tais *sites* só respondem se, uma vez notificados, deixarem de agir para retirar o conteúdo falso do ar. Confira-se nessa direção outro acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dessa vez de sua 4ª Câmara Cível, em caso que também versava sobre perfil falso no Orkut:

> "No caso vertente e numa primeira análise, comungo do entendimento da douta magistrada no sentido da impossibilidade de o provedor hospedeiro proceder à devida verificação prévia das 40 milhões de páginas existentes no Orkut. Isto numa primeira análise. No entanto, se assim é, não há dúvida de que, sendo solicitada a exclusão do perfil, aí então tem o provedor a obrigação de excluí-lo se falso e ofensivo à honra do retratado."[51]

Note-se que, de acordo com tal orientação, o dano eventualmente sofrido durante o lapso temporal em que a vítima desconhecia o perfil falso permanece sem ressarcimento. Essa tem sido a principal razão para a rejeição da tese do *notice and take down*, argumentando os partidários da primeira orientação que, no sistema brasileiro de responsabilidade civil, "o dano acontece no momento da publicação, não valendo a tese do douto voto vencido de que a parte autora deveria primeiro pedir a retirada da página, pois essa simples providência não ilide o prejuízo já sofrido".[52]

A controvérsia segue em aberto. Atualmente em preparação, o projeto de lei do chamado "marco civil da internet" terá a oportunidade de encerrar o embate,

---

[49] TJRJ, Apelação Cível 2009.001.14165, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Câmara, 8.4.2009.

[50] O instituto encontra previsão no chamado *Digital Millennium Copyright Act*, relativo aos direitos autorais na mídia digital.

[51] TJRJ, Apelação Cível 2008.001.04540, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, 25.3.2008.

[52] TJRJ, Apelação Cível 2008.001.56760, Rel. Des. Otávio Rodrigues, 11ª Câmara Cível, 3.12.2008.

trazendo mais segurança ao exercício dos direitos no ambiente virtual. Espera-se que, com a nova legislação, o direito à identidade pessoal reste tutelado no universo virtual por meio de instrumentos eficientes e sem restrições indevidas.

19 Perspectivas para a identidade pessoal

Como se viu, o direito à identidade pessoal vai muito além da proteção ao nome. Abrange traços distintivos da mais variada ordem, como estado civil, etnia, orientação sexual, impressões digitais, ideologia política, crença religiosa e assim por diante. Não há aqui, a rigor, sobreposição com aspectos já abrangidos por outros direitos da personalidade, como o direito à imagem e o direito à privacidade. Isso porque o direito à identidade pessoal não se confunde com a tutela isolada e estática de cada um desses aspectos. A identidade pessoal deve ser vista em perspectiva funcional e dinâmica, voltada a promover e garantir uma fidedigna apresentação da pessoa humana, em sua inimitável singularidade.

Trata-se, nas palavras da doutrina especializada, de tutelar "o direito de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, 'quem de fato é', em suas realidades física, moral e intelectual. A tutela da identidade impede que se falseie a 'verdade' da pessoa, de forma a permanecerem intactos os elementos que revelam sua singularidade como unidade existencial no todo social".[53] Os desafios, nesse campo, são inúmeros.

Em um cenário de massificação das relações sociais e padronização dos procedimentos adotados em todas as searas da vida civil, o ser humano raramente é contemplado em sua particularidade única e genuína. O ritmo acelerado da vida contemporânea estimula a apreensão meramente parcial dos fatos e também das pessoas. A pessoa humana, em sua imensa complexidade, acaba representada sempre de modo apressado, incompleto, provisório e, não raro, falso. O direito à identidade pessoal não surge aí como mero instrumento de reação a violações pontuais ou como remédio para momentos patológicos. Atua também de modo promocional, estimulando o encontro do ser humano com a sua autêntica identidade.

Em outras palavras: a identidade pessoal não pode ser vista simplesmente como fundamento de demandas indenizatórias. Deve ser tomada como diretriz de políticas públicas e iniciativas sociais, pois a plena realização da dignidade humana só alcança aquele que tem consciência da sua identidade. Não à toa, tem-se repetido que o indivíduo não *tem* identidade: ele *é* identidade, no sentido de que

---

[53] Raul Cleber da Silva Choeri, *O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 244.

sua inserção no mundo social somente se realiza a partir da compreensão da sua própria singularidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à identidade pessoal merece proteção por exprimir aspecto relevante da dignidade humana. É verdade que o direito à identidade pessoal não encontra previsão expressa no Código Civil. Não se trata de atributo tradicionalmente incluído no rol dos direitos da personalidade. Sua apreensão é mais recente, mas isso não deve servir de obstáculo à sua proteção. Os direitos da personalidade são categoria aberta, que abarca aspectos historicamente variáveis. Seu conteúdo tende sempre à expansão, na esteira da progressiva marcha do direito rumo à mais plena realização da pessoa humana.

7 A Marcha Infinita da Personalidade

Isso de querer ser
exatamente aquilo que a gente é
ainda vai nos levar além
(Paulo Leminsky, *Incenso Fosse Música*)

1 Transformações do direito contemporâneo

O aluno hesitou. Em tese, a pergunta não era difícil. Afinal, qualquer estudante do segundo ano do curso de direito deveria saber que o Código Civil divide as obrigações em três modalidades: obrigações de fazer, obrigações de não fazer e obrigações de dar. O aluno, todavia, estava inseguro. A prova oral o deixava nervoso. Pensou mais um pouco, engoliu em seco e respondeu: "Obrigações de fazer, de não fazer, de dar... e de não dar!" Foi aprovado, pela ousadia.

Juristas têm tendência excessiva a classificar. O positivismo jurídico, já chamado o "grande lastro metodológico do século vinte",[1] foi levado ao extremo na primeira metade do século, resultando em uma abordagem cientificista, quase laboratorial, do direito. Apartada de considerações "metajurídicas" (políticas, morais, sociais), a "ciência do direito" foi tão depurada que se distanciou dos problemas concretos. Os debates passaram a gravitar em torno de conceitos e categorias abstratas, que era preciso distinguir, ordenar, classificar. Métodos e posturas próprias das ciências naturais foram importados para o campo jurídico. Normas, direitos, deveres passaram a ser subdivididos em esquemas taxonômicos e, ainda

[1] António Menezes Cordeiro, *Introdução à Edição Portuguesa da Obra de Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XVI.

hoje, quando o legislador cria um novo instituto, a primeira pergunta que se fazem muitos juristas, antes mesmo de avaliar suas consequências práticas, é a seguinte: qual a sua "natureza jurídica"?

Institutos jurídicos não têm, a rigor, "natureza". São produtos do engenho humano criados para atender a uma finalidade prática, a uma função específica. É preciso ter a consciência de que "a cultura jurídica se exprime por problemas e possíveis soluções, em uma perspectiva histórica e relativística, não já por dogmas, verdades fixas e não históricas".[2] Em essência, "o direito é um modo de resolver casos concretos".[3] O distanciamento da realidade faz mal ao jurista. Seu objeto de atenção está em permanente mutação. Com impressionante celeridade, os problemas sociais se transformam e as leis, como respostas que são a esses problemas, se alteram. Com uma única norma, o legislador pode fazer desmoronar todo um edifício de conceitos jurídicos, tornando obsoletas páginas e mais páginas de classificações.

Essa percepção tem inspirado, desde as últimas décadas do século XX, uma nova abordagem do direito, que, sem renunciar à segurança e sobretudo à objetividade, toma o ordenamento jurídico como um "sistema aberto". O juiz deixa de ser, na célebre expressão de Montesquieu, a mera "boca da lei". O intérprete da norma é chamado a participar de modo mais ativo da construção e da aplicação do direito, contribuindo criativamente para a solução de cada caso concreto. E é o próprio legislador quem faz esse convite.

Em toda parte, o Poder Legislativo passa a legislar de um modo bastante diferente do que vinha fazendo até a metade do século XX. Até então, o legislador empregava de modo maciço uma técnica legislativa conhecida como técnica regulamentar, que consiste em descrever uma situação fática específica e lhe atribuir uma consequência jurídica predeterminada. São regras casuísticas, que deixam pouco espaço para o intérprete. Embora regras desse tipo continuem existindo e sejam mesmo necessárias ao sistema jurídico, o Poder Legislativo começa a dar ênfase à produção de normas de outra espécie: normas de enunciados abertos, vagos, genéricos, que não descrevem uma hipótese fática determinada, nem atribuem uma consequência jurídica específica, mas ditam um norte valorativo para a atuação do intérprete, que é convocado a colaborar com a construção da solução de cada caso concreto. O legislador passa, em outras palavras, a se valer de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados, de conceitos discricionários e de uma série de outras espécies normativas que não nascem fechadas em si mesmas.[4]

---

[2] Pietro Perlingieri, *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 2.

[3] António Menezes Cordeiro, *Introdução à Edição Portuguesa de Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, cit., p. XXIV.

[4] Para mais detalhes Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, especialmente p. 208-255.

A qualquer leitor será fácil perceber a distinção entre as normas "fechadas" e as normas "abertas". Por exemplo, o art. 573 do Código Civil afirma que o contrato de locação por tempo determinado "cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso". Trata-se de uma norma casuística, que cuida de uma situação fática específica, atribuindo-lhe um efeito jurídico predeterminado. Aqui, há pouco espaço para a atuação do intérprete. Bem diversa é a norma contida no art. 422 do Código Civil, que afirma: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". O dispositivo, como se vê, não descreve uma situação fática específica, nem tampouco uma consequência jurídica predeterminada, mas cria uma cláusula geral que impõe aos contratantes um comportamento probo e leal. Ao advogado, ao juiz, ao estudante é que compete, na análise de cada caso concreto, concluir, a partir dos parâmetros desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, se o art. 422 restou ou não violado.

Em paralelo e em estreita conexão com essa nova técnica legislativa, a comunidade jurídica assiste, ao longo do século XX, à retomada da importância dos princípios. Abandonados pelo cientificismo jurídico como meras "recomendações" ao legislador, os princípios voltam a ser reconhecidos como normas de força cogente, aplicáveis diretamente na solução das disputas judiciais. As Constituições, recheadas de princípios, deixam de ser "cartas políticas" para se tornarem normas fundamentais do sistema jurídico, não apenas ditando a interpretação do direito infraconstitucional, mas incidindo permanentemente sobre cada conflito de interesses.

Do inevitável choque entre princípios os juristas extraem também um renovado modo de aplicação do direito. Se, diante das regras casuísticas, parecia óbvio que a aplicação de uma norma afastava necessariamente a de outra, na colisão entre princípios, tal afirmação não prospera. Dois princípios podem e devem ser aplicados simultaneamente a uma mesma situação concreta. A aplicação de um princípio não exclui a aplicação de outro. Os princípios aplicam-se sempre, exigindo do aplicador uma espécie de balanceamento.[5] Assim, o método secular da subsunção cede espaço para o método da ponderação, em que se busca um caminho intermediário, equilibrado, que não exclua por completo a aplicação de nenhum dos dois princípios em conflito, mas que imponha um sacrifício recíproco e proporcional entre eles, a fim de se encontrar a melhor resposta para o caso concreto. A partir da sua aplicação aos princípios, o método da ponderação difunde-se por outros gêneros de colisões, envolvendo interesses protegidos por normas abertas de igual hierarquia.[6]

---

[5] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 17. ed., Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 24.

[6] Para mais detalhes, seja permitido remeter a Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, cit., p. 153-178.

Todas essas profundas transformações do direito contemporâneo já são, a essa altura, conhecidas do leitor. A análise dos direitos da personalidade talvez seja a melhor forma de perceber a sua importância e sua utilidade prática. Trata-se de um privilegiado laboratório para o exame das mudanças mais recentes da ciência jurídica.

2 O direito no laboratório

Em diversas passagens dos capítulos anteriores, terá sido possível ao leitor perceber que os direitos da personalidade se amoldam mal à técnica legislativa regulamentar. Sempre que o Código Civil procurou, nesse campo, descrever uma situação fática específica, atribuindo-lhe uma consequência jurídica determinada, acabou oferecendo soluções insuficientes, que deixam de fora uma vasta gama de conflitos. Relembre-se, por exemplo, o art. 20, que, repleto de detalhes sobre o uso da imagem, esqueceu-se simplesmente da liberdade de informação. Ou recorde-se o disposto no art. 18, que limita a vedação do uso desautorizado do nome alheio à propaganda "comercial", sugerindo equivocadamente que a mesma solução não se aplicaria a outras espécies de propaganda.

Tratar dos direitos da personalidade de modo regulamentar, com normas casuísticas, fechadas, é extremamente perigoso. Isso por três razões principais. Primeiro, porque são direitos de índole constitucional, cuja proteção não pode ser indevidamente limitada pelo legislador ordinário. Segundo, porque as situações fáticas em que se configura a ameaça aos direitos da personalidade são amplíssimas e têm se expandido continuamente em face das novas tecnologias. Terceiro, não é incomum que a proteção dos direitos da personalidade colida com a tutela de outros direitos de ordem constitucional. Nesses casos, as normas fechadas estabelecidas pelo legislador ordinário perdem sentido, exigindo que o intérprete proceda à necessária ponderação entre os interesses conflitantes.

Se não deve tratar dos direitos da personalidade com normas fechadas, o legislador também não deve incorrer na tentação oposta: enunciar normas extremamente vagas que nada acrescentam de útil à solução dos conflitos. Também nesse equívoco incorreu o Código Civil. O leitor não terá esquecido da retumbante dicção do *caput* do art. 21, que declara que "a vida privada da pessoa natural é inviolável", e acrescenta que o juiz adotará, a requerimento do interessado, "as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". O dispositivo é inteiramente dispensável. Nada acrescenta ao já disposto no art. 5º da Constituição. Melhor seria, como já visto, que o legislador tivesse feito o esforço de enumerar instrumentos específicos de proteção à privacidade ou parâmetros para a solução dos conflitos mais comuns na matéria.

Eis o momento especial que vive a comunidade jurídica. Diante das transformações que levaram ao reconhecimento de que o direito consiste em um sistema aberto, o grande desafio está, hoje, em atribuir segurança e uniformidade à solução dos casos concretos. Quando o legislador transfere ao juiz e aos advogados a construção da solução do caso concreto, é preciso que essa construção siga alguns parâmetros uniformes, evitando-se soluções opostas para casos semelhantes. É preciso, ainda, que essas diretrizes sejam buscadas nos princípios constitucionais, entendidos como normas que exprimem os valores fundamentais da sociedade brasileira. Essa é a missão das novas gerações de juristas: estabelecer as linhas mestras para que o sistema jurídico aberto não se reduza ao "achismo" judicial ou a uma "justiça de cada um". E aqui a contribuição do estudante pode ser tão decisiva quanto a dos seus professores.

Como prova a leitura dos capítulos antecedentes, os conflitos envolvendo os direitos da personalidade permanecem, em sua imensa maioria, à espera de soluções adequadas. Não se trata apenas de corrigir, por meio de uma interpretação construtiva, os lapsos e desvios do Código Civil no capítulo dedicado ao tema. Trata-se de enxergar além. A codificação limitou-se a umas poucas disposições sobre o direito ao corpo, o direito ao nome, o direito à imagem, o direito à honra e o direito à privacidade. A singular condição humana não se encerra, contudo, nesses atributos. A personalidade caminha. E caminha a passos largos.

3 Funções dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade desafiam as classificações e taxonomias a que tanto se apegaram os juristas em um passado recente. A história mostra o fracasso de todas as tentativas de enumerar os direitos da personalidade em um rol definitivo. Concluiu-se, enfim, que não são *numerus clausus*, ou seja, de número fechado. Como atributos considerados essenciais à condição humana, sua compreensão e amplitude variam no tempo e no espaço. O caráter aberto da dignidade humana não permite o congelamento das suas múltiplas expressões. A própria distinção entre essas expressões não é rígida. Muitos conflitos concretos envolvem, a um só tempo, a violação do direito ao nome, do direito à imagem, do direito à privacidade, dentre outros. O que resta atingido, em última análise, é a dignidade humana.

A categoria dos direitos da personalidade não tem como escopo cristalizar o rol dos atributos essenciais ao ser humano. Suas funções jurídicas são outras, como, por exemplo: (i) evidenciar as diferentes ameaças que cada um desses atributos pode sofrer, facilitando a prevenção de danos (função preventiva); (ii) permitir, por meio do desenvolvimento de instrumentos específicos, a mais plena reparação das lesões que venham a atingi-los (função reparatória); (iii) auxiliar a formulação de

parâmetros próprios para a ponderação nas hipóteses de colisão entre os próprios direitos da personalidade ou entre eles e outros direitos fundamentais (função pacificadora); e (iv) estimular o desenvolvimento desses atributos por meio de políticas públicas e iniciativas sociais adequadas (função promocional). A construção dos direitos da personalidade como uma categoria geral tem a utilidade de evidenciar, para fins práticos, as semelhanças e as diferenças entre os vários atributos da condição humana, sem ameaçar a indelével unidade que os vincula, como aspectos de um todo indivisível.

Por isso mesmo, os direitos contemplados pelo Código Civil não encerram ou restringem a proteção ao fenômeno humano. São apenas alguns dos atributos imprescindíveis à dignidade do Homem, expressa e especificamente reconhecidos como merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não se esgotam aí os direitos da personalidade. Da prática judicial, da produção legislativa, da reflexão doutrinária emergem, a cada dia, novos direitos da personalidade, manifestações existenciais as mais variadas que vêm clamar pelo reconhecimento de sua essencialidade.

Nas páginas seguintes, serão examinadas, a título meramente ilustrativo, algumas dessas manifestações, que têm se apresentado de modo mais recorrente nos conflitos judiciais, nas discussões legislativas e nos debates acadêmicos. Sua análise não será feita de modo exaustivo, mas como simples demonstração dessa marcha contínua que caracteriza o reconhecimento e a tutela dos direitos da personalidade.

4 Direito à vida sexual e afetiva

"Eu não vivo sem sexo" foi o refrão que consagrou a banda *Ultraje a Rigor* no cenário do *rock* brasileiro dos anos 80. Duas décadas antes, impulsionada pelo surgimento da pílula anticoncepcional, a chamada "Revolução Sexual" prometia uma ampla liberalização dos costumes e uma efetiva renovação das formas de convívio afetivo. A ambiciosa agenda acabou interrompida por fatores variados, como "o aparecimento da AIDS", que "inibiu, em larga medida, o que se apresentava como uma via reta de crescente liberação sexual".[7] Ainda assim, não se pode negar que a vida sexual do ser humano, outrora tratada como tabu, passou a ser reconhecida como parte relevante da sua existência. Hoje, há consenso de que os relacionamentos sexuais e afetivos afiguram-se essenciais para o desenvolvimento de todas as potencialidades da pessoa humana. Nesse sentido, já se começa a falar no direito a uma vida sexual sadia, como um novo direito da personalidade.

---

[7] Renato Janine Ribeiro, *A Universidade e a Vida Atual – Fellini não Via Filmes*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 30-31.

Os tribunais brasileiros reconhecem que a lesão a esse aspecto da condição humana gera o dever de indenizar. Confira-se, a título de exemplo, caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Como consequência de um acidente ocorrido em embarcação de certa companhia, um homem sofreu terríveis limitações, incluindo "significativa redução peniana" e "impotência sexual pela incapacidade de ereção". Por conta disso, obteve, em ação judicial própria, indenização pelo severos danos causados à sua integridade física. Anos depois, sua mulher promoveu nova ação judicial contra a mesma companhia, argumentando que sofreu ela também um dano, na medida em que ficou privada, por força do dever de fidelidade conjugal, do desenvolvimento de uma vida sexual sadia e da possibilidade de ter filhos com seu marido, que acabou vindo a falecer em decorrência de posterior cirurgia reparadora.

A ação foi julgada procedente por decisão confirmada em sede de recurso pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que asseverou após o exame da situação concreta:

> "Tais circunstâncias revelam o dano moral sofrido pela autora durante os seis anos que se viu obrigada a abdicar de sua vida pessoal para cuidar e conviver com os problemas físicos e de saúde do marido. Sem falar, na vida sexual do casal que foi completamente afetada. As graves sequelas produzidas no falecido, decorrentes do acidente, arrebataram da autora o direito de ter uma vida conjugal normal, o que a levou a ter problemas de ordem psíquica e até mesmo fisiológicos."[8]

O reconhecimento de um direito de toda pessoa humana à vida sexual e afetiva é ainda incipiente em nossa doutrina e jurisprudência, mas sua importância transcende em muito o campo indenizatório. Serve de base, por exemplo, à adoção de políticas públicas de educação sexual e à superação de preconceitos odiosos, como os que atingem homossexuais e transexuais.[9] A Constituição brasileira reprime a discriminação fundada na origem, na raça, no sexo ou na religião, além de "quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV), incluindo, a toda evidência, a discriminação fundada nas preferências sexuais de cada indivíduo.

Não basta, todavia, uma atuação proibitiva ou repressiva do direito. A intolerância secular, calcada em profundas raízes moralistas e religiosas,[10] exige uma

---

[8] TJSP, Apelação Cível 339.515.5/6, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, 19.8.2009.

[9] Em relação aos transexuais, por exemplo, já se deu notícia, nos capítulos atinentes ao direito ao próprio corpo e ao direito ao nome, das dificuldades que enfrentam em virtude de preconceitos que se reproduzem também no discurso jurídico.

[10] "Não há como polemizar realmente sobre a postura básica da cristandade. Visto que o sexo, segundo os ensinamentos cristãos, foi dado ao homem unicamente para propósitos da reprodução e por nenhuma outra razão, qualquer outra forma de atividade que não levasse ou não pudesse levar à procriação era um pecado contra a natureza. Os pecados contra a natureza incluíam especificamente a bestialidade, a homossexualidade e a masturbação" (Jeffrey Richards, *Sexo, Desvio e Danação – As Minorias na Idade Média*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 136).

orientação proativa, de cunho promocional, com a veiculação de campanhas educativas que persigam não apenas a superação das práticas discriminatórias, mas também o desenvolvimento de uma efetiva conscientização em relação ao direito de cada um à sua autodeterminação afetiva e sexual. Ao reconhecer que tal aspecto integra a dignidade humana, dá-se importante passo para a visão renovada dos costumes e das instituições sociais, especialmente da família.

5 Direito à autodeterminação familiar e uniões homoafetivas

Poucas instituições sofreram transformação tão profunda nos últimos cem anos quanto a família. Identificada com o modelo patriarcal e fundada exclusivamente no matrimônio, a família do início do século XX foi retratada no Código Civil brasileiro de 1916, que considerava a mulher casada como "relativamente incapaz" e apontava o homem como "chefe da sociedade conjugal". Com a emancipação feminina e o reconhecimento da igualdade entre os sexos decretou-se o fim do papel sacrossanto da mulher, predestinada à gravidez e à criação da prole. A autonomia feminina permitiu o desenvolvimento de uma concepção mais democrática do fenômeno familiar, com iguais direitos e responsabilidades.

Na mesma direção, passou-se a reservar aos filhos papel mais ativo no seu processo educacional e no seio da vida familiar. A família deixou, assim, de ser uma instituição protegida em si mesma, independentemente da felicidade dos seus membros, para se converter em *locus* (lugar) para o desenvolvimento das suas personalidades. Como destaca Gustavo Tepedino, "a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade dos seus membros".[11]

O enfoque da proteção desloca-se da família em si mesma para cada um dos seus integrantes, reconhecendo-se que a instituição familiar não pode ser protegida como algo superior aos desígnios dos seus membros, mas consiste, ao contrário, em instrumento da realização da felicidade de cada um deles. Tem-se aí um novo aspecto funcional: "a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época".[12]

Para atender a essa nova função, a própria estrutura da família se transforma. Se, antes, vinha identificada com um modelo único e exclusivo de convivência, centrado no vínculo matrimonial, a família passa por um gradativo e saudável processo de desintegração. Novos arranjos familiares são reconhecidos como merecedores

---

[11] Gustavo Tepedino, *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*, *Temas de Direito Civil*, cit., p. 397.

[12] Paulo Lôbo, *Direito Civil – Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

de proteção. A Constituição brasileira de 1988 menciona expressamente, em seu art. 226, além da família matrimonial, a união estável e as famílias monoparentais. Não se deve imaginar, contudo, que outras modalidades de família não merecem tutela jurídica. A doutrina já reconhece que o rol dos arranjos familiares é aberto, acrescentando às espécies expressamente previstas na Constituição as famílias anaparentais, as famílias pluriparentais, as famílias recompostas e assim por diante.[13] Todos parecem querer uma família para si.

De fato, ao contrário do que se imaginava na década de 1960, a família não entrou em colapso. Foi, isso sim, reformulada em suas bases essenciais. Diante da nova família – isonômica, democrática e plural –, as antigas vítimas do modelo familiar dominante (mulheres, homossexuais, transexuais etc.) passaram a perseguir não a ruptura com todo e qualquer laço familiar, mas o reconhecimento jurídico do seu próprio modelo de família. Trata-se de um autêntico "familiarismo redescoberto", na expressão cunhada por Elisabeth Roudinesco.[14] Com isso, começam a surgir as primeiras discussões em torno de um direito à autodeterminação familiar, entendido como o direito de cada pessoa humana à formação de uma família, a ser reconhecida como tal pelo ordenamento jurídico.

Campo onde esse direito à autodeterminação familiar vem sendo invocado, com frequência, é o das uniões homoafetivas. Excluídos por séculos do Direito de Família, os casais formados por pessoas do mesmo sexo passaram a reivindicar o reconhecimento jurídico do seu próprio modelo de convívio familiar, com efeitos semelhantes aos que são reservados às outras formas de família: direito à adoção conjunta, direito à alteração do sobrenome no registro civil, direito à pensão alimentícia em caso de dissolução da união, direito à pensão previdenciária em caso de morte do parceiro ou parceira, e assim por diante. Como se vê, não se trata tão somente de um direito ao tratamento não discriminatório, mas de uma plena e efetiva inclusão na ordem jurídica.

O Código Civil perdeu, nessa temática, uma oportunidade singular. Promulgada em 2002, a atual codificação civil surgiu em um momento de crescente afirmação dos direitos dos casais homoafetivos. Limitou-se, contudo, a repetir a previsão *mínima* que já constava do texto constitucional, reconhecendo a união estável "entre o homem e a mulher" (art. 1.723). Sobre as uniões homoafetivas, o legislador não se dignou a dizer palavra, cometendo o grave equívoco de ignorar a realidade

[13] Sobre o tema, ver Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 38-53.

[14] Elisabeth Roudinesco, *A Família em Desordem*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 9. Em outra passagem, alude a autora a um "desejo de família", perguntando-se, de modo emblemático: "O que aconteceu então nos últimos trinta anos na sociedade ocidental para que sujeitos qualificados alternadamente de sodomitas, invertidos, perversos ou doentes mentais tenham desejado não apenas serem reconhecidos como cidadãos integrais, mas adotarem a ordem familiar que tanto contribuiu para o seu infortúnio?"

social, na qual, com ou sem o apoio dos setores mais conservadores da sociedade, esse gênero de relações vem se multiplicando.

Tem-se, então, o seguinte cenário: o reconhecimento das uniões homoafetivas não consta expressamente da legislação. Cabe ao intérprete promover sua inclusão. Se o rol das entidades familiares na Constituição não pode ser lido de modo exaustivo, tampouco o pode o rol da legislação ordinária. A falta de previsão específica dificulta, mas não impede, de nenhum modo, o reconhecimento das uniões homoafetivas, como corolário da dignidade humana, da igualdade substancial e da vedação ao tratamento discriminatório, todos princípios consagrados em sede constitucional. A nova visão da família, como entidade funcionalizada ao desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes, só reforça essa tendência. Se a família não é algo protegido em si mesmo, mas mero instrumento de realização da felicidade pessoal, é evidente que a orientação sexual do casal, seja qual for, não pode servir de obstáculo ao atendimento dessa função.

6 ADPF 132

Até maio de 2011, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas vinha ocorrendo de modo meramente pontual. Por exemplo, por iniciativa do INSS e de algumas autarquias previdenciárias estaduais, reconhecia-se a união homoafetiva para fins de pagamento de pensões no âmbito dos Regimes Próprios de Previdência Social. A união homoafetiva continuava, contudo, sem amparo jurídico na imensa maioria dos setores, prevalecendo o entendimento de que sua equiparação à união estável "entre homem e mulher" afigurava-se impossível diante da redação estreita do art. 226, § 3º, da Constituição.

Esse cenário foi radicalmente alterado com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Elaborada no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, a ADPF 132, fruto de proposta corajosa do Governador desse Estado, calcava-se na tese de que o regime jurídico da união estável deveria ser aplicado também às uniões homoafetivas. Nesse sentido, pretendia-se ver considerada inconstitucional a interpretação literal de diversos dispositivos legais que limitavam ou excluíam direitos de parceiros homossexuais. Pleiteava-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse como violadoras de preceitos fundamentais todas as decisões judiciais que se orientassem em sentido oposto à tese defendida na inicial.

Em 4 de maio de 2011 teve início o julgamento que entraria para a história da suprema corte brasileira.[15] O Procurador do Estado Luis Roberto Barroso subiu à

[15] A ADPF 132 foi julgada em conjunto com outra ação, a ADI 4277, proposta pela Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, e distribuída por dependência à ADPF 132.

tribuna para sustentar que o art. 226, § 3º, do texto constitucional era um dispositivo de inclusão, destinado a superar o tratamento discriminatório que, ao tempo da elaboração da Constituição de 1988, ainda era reservado às mulheres que viviam em relações familiares não fundadas no matrimônio. "Interpretar o art. 226, § 3º, como sendo um fundamento para discriminar os homossexuais é trair a inspiração dessa norma, é trair o espírito da norma, é trair o fim da norma. É mais ou menos como condenar alguém com base na lei de anistia. É um absurdo completo."[16]

Ao cabo de dois dias de julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a equiparação entre uniões homoafetivas e uniões estáveis, na plenitude dos seus feitos. Em votos inspirados, os Ministros registraram, cada um a seu modo, o compromisso da Constituição da República com o livre desenvolvimento afetivo e sexual da pessoa humana. O Ministro Ayres Britto destacou a necessidade de reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, diante do próprio conceito aberto de família. O Ministro Marco Aurélio de Mello ressaltou que o entendimento contrário "dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade". E a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha lembrou, em bela passagem, que "nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito."[17]

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal naquele julgamento, o ordenamento jurídico brasileiro passou a estar alinhado com outros, que, há muito, já reconhecem plenos efeitos às uniões homoafetivas.[18] Não se deve, contudo, imaginar que a suprema corte brasileira não tenha mais desafios a enfrentar no campo do direito de autodeterminação familiar. Há diversos problemas tormentosos, que estão a exigir do Supremo Tribunal Federal uma nova abordagem. É o que ocorre em relação às "famílias simultâneas", também chamadas de "famílias paralelas". A indagação que se impõe nesse tema é a seguinte: será juridicamente possível que uma mesma pessoa tenha, ao mesmo tempo, mais de uma família?

A realidade fática mostra que sim. Situações de pluralidade familiar se proliferam, calcadas ora na malícia de um dos consortes, ora no livre consenso entre os participantes. O Supremo Tribunal Federal, todavia, tem negado reconhecimento

---

[16] Luis Roberto Barroso, sustentação oral no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277.

[17] Trechos extraídos dos votos dos Ministros citados no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277.

[18] A Argentina, por exemplo, já possui, desde 2002, legislação específica nesse sentido.

jurídico a tais situações, criando graves injustiças, como se pode ver, a título ilustrativo, do caso que envolveu Valdemar do Amor Divino e Joana da Paixão.

7 O caso de Joana da Paixão e as famílias simultâneas

Chamava-se Valdemar do Amor Divino e era fiscal de rendas do Estado da Bahia. Um dia, apaixonou-se perdidamente por uma mulher chamada Joana da Paixão Luz. Talvez inflamados pela conotação passional dos seus sobrenomes, Valdemar e Joana estabeleceram um feliz relacionamento que durou 37 anos, gerou nove filhos e só se encerrou com o falecimento do fiscal. Orientada por uma advogada, Joana procurou o Poder Público para receber a pensão previdenciária, que lhe foi negada por um motivo singelo: o amoroso Valdemar, pai de seus nove filhos, era casado. Casado com Raílda Conceição Santos, que não tinha a paixão no nome, mas que ao afortunado Valdemar jamais negara afeto. Se teve nove filhos com Joana, com Raílda ele teve outros onze.

Entre as duas paixões do fiscal instaurou-se o conflito que, em vida, ele havia logrado evitar. Sensível à situação de ambas as mulheres, o Tribunal de Justiça da Bahia determinou o rateio da pensão previdenciária entre Joana da Paixão e a viúva. Afirmou, em síntese, que havia estabilidade e continuidade na união amorosa entre Valdemar e Joana, o que atraía proteção constitucional semelhante à do casamento, ainda que houvesse outro casamento em vigor. Raílda recorreu da decisão e a discussão acabou chegando ao Supremo Tribunal Federal.

Por esmagadora maioria, a Suprema Corte decidiu que Joana da Paixão não tinha direito a qualquer fatia da pensão previdenciária. Entendeu que aquele relacionamento de 37 anos configurava "simples concubinato", como se pode ver das seguintes passagens do voto vencedor:

> "Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. [...] A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. [...] A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina."[19]

O Ministro Ayres Britto proferiu, contudo, voto-vencido em que sustentou que a noção de concubinato não foi acolhida pela Constituição de 1988, razão pela qual seria possível reconhecer efeitos jurídicos à existência simultânea de família

[19] Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 397.762-8/BA, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, 3.6.2008.

fundada no casamento e família fundada na união estável. Confira-se trecho do voto-vencido:

> "Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente em 'cônjuge ou companheiro' no inciso V do seu art. 201, a propósito de direito a pensão por morte de segurado da previdência social geral. 'Companheiro' como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade ('união estável'). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do concubinato. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso País, porém casais em situação de companheirismo."

A questão das famílias simultâneas é extremamente controvertida. Há natural dificuldade em se enfrentar o tema sem o vício das ideias preconcebidas. A discussão passa por obstáculos inerentes à própria conceituação de família. O termo parece desafiar definições. À falta de consenso em torno de um conceito, os juristas têm dado ênfase às chamadas "entidades familiares", expressão usada para designar as múltiplas modalidades de família a que já se fez menção: famílias matrimoniais, uniões estáveis, uniões homoafetivas, famílias monoparentais, famílias anaparentais etc. A referência às entidades familiares tem se tornado tão frequente que muitos manuais abandonaram o título tradicional: "Direito de Família". Passaram a se intitular "Direito das Famílias".

A alusão às entidades familiares tem a virtude de enfatizar o pluralismo do fenômeno familiar, atraindo a atenção do leitor para o reconhecimento jurídico de múltiplas formas de convivência familiar distintas do modelo tradicional do matrimônio. Não se pode, todavia, incidir no equívoco de encarar a família sob uma ótica compartimentada em modelos, velhos ou novos, exaustivos ou não. Tal abordagem camuflaria os vínculos, as sobreposições e as intercessões que se formam entre os diversos arranjos familiares, com grave risco para a realização da pessoa humana.

Por exemplo, ao se enquadrar uma criança na entidade da família monoparental (formada pela criança e pelo pai com quem co-habita), deixa-se de perceber que a mesma criança insere-se, simultaneamente, na entidade da família recomposta, formada por ela, pela mãe e pelo padrasto. Mais: entre essas duas entidades familiares há uma série de laços que não se encerram na enumeração dos dois "tipos" mencionados. Há um verdadeiro tecido de relações entre a criança, seus pais, os filhos dos seus pais, os outros pais dos filhos dos seus pais, e assim sucessivamente.

A família não é um catálogo de entidades familiares. É um conjunto de relações mantidas por cada pessoa com fundamentos variados, uma verdadeira rede de relacionamentos que se fundam em vínculos biológicos, civis (adoção) ou de especial afetividade. O que o direito de família protege não é a entidade familiar, como instituição que paira acima das pessoas. O que o direito de família protege,

como já se enfatizou, é a pessoa humana e seu direto à autodeterminação familiar, isto é, à constituição das relações familiares da forma mais adequada à realização da felicidade dos envolvidos.

Nesse sentido, não há grande revolução na mudança do nome dos manuais para "Direito das Famílias". Na verdade, erra-se novamente o foco. O que o direito deve tutelar não são as "famílias" em si mesmas, mas a realização familiar de cada pessoa humana. Melhor seria que os manuais tivessem passado a se chamar "Direito à Família", de modo a evidenciar que o objeto de tutela foi transportado da família, como instituição, para a pessoa humana, que passa a ter reconhecido seu direito à constituição de relações familiares plurais, isonômicas e democráticas.

A questão das famílias simultâneas está intimamente vinculada a tudo isso. Quando se trabalha com "entidades familiares", a exclusividade surge como corolário lógico. Se Valdemar do Amor Divino é enquadrado na "caixinha" da união estável, não pode, ao mesmo tempo, pertencer à "caixinha" da família matrimonial. Se, ao contrário, enxerga-se a família não como um conjunto de modelos, mas como um feixe variado de relações que cada pessoa pode concretamente estabelecer nos sentidos e direções as mais diversas, abre-se diante do jurista o oceano da simultaneidade.

Na visão relacional do fenômeno familiar, não há um imperativo lógico de exclusividade. Quem mantém relação familiar com uma pessoa pode, em princípio, manter relação familiar com outras tantas, porque não há aí uma instituição, uma entidade transpessoal, um modelo abstrato que mereça proteção superior à da pessoa humana. Nessa perspectiva, o problema das famílias simultâneas se torna um pouco mais simples. Na verdade, famílias são simultâneas por definição. Toda pessoa nasce como fruto da união de dois troncos familiares distintos. Filhos pertencem, por definição, a duas famílias biológicas diferentes: a família da mãe e a família do pai. Não raro pertencem, ainda, a outras famílias de cunho afetivo, ora por razões que o direito reconhece, como a adoção oficial, ora por razões que escapam ao direito, como a chamada adoção à brasileira.

A simultaneidade familiar não é, portanto, algo de novo ou de eventual, ao menos nas relações familiares de parentesco. É no campo das relações familiares de cunho afetivo que a ideia de famílias simultâneas causa espanto e temor. Também aqui, contudo, não há nada mais que preconceito. Séculos de um modelo familiar matrimonialista, calcado no dogma da exclusividade, fazem com que mesmo os novos arranjos familiares sejam vistos sob as lentes do casamento. É o que ocorre com a união estável.

Embora represente uma concepção inteiramente nova de família, fundada na formação fática e progressiva da convivência familiar, sem um ato jurídico formal e sem a intervenção do Estado, diversos doutrinadores e diversos tribunais

continuam a enxergar a união estável como um simulacro de casamento. Mesmo a doutrina mais avançada afirma que a união estável "é relação jurídica *more uxorio*, derivada de convivência geradora do estado de casado, o qual, consequentemente, tem como referência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico".[20] A jurisprudência brasileira tem seguido o mesmo caminho, como se vê, por exemplo, de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que se afirmou: "mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante".[21]

Uma outra conclusão parece ser possível. O art. 226, § 3º, da Constituição atribui proteção jurídica à união estável como "entidade familiar", sem qualquer exigência de exclusividade. E o art. 1.723 do Código Civil define a união estável como "convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". O dispositivo estampa, claramente, os requisitos para a configuração da união estável. Sobre exclusividade não há palavra.

Confira-se, ainda, o § 1º do art. 1.723. Ali, o legislador, em momento de duvidosa constitucionalidade, criou impedimento para a constituição de união estável por pessoa "casada", se não estiver separada de fato ou judicialmente.[22] *A contrario sensu*: a pessoa que já vive em união estável não está impedida pela lei de constituir nova união estável. Assim, ao contrário do que ocorre com o casamento, a configuração de união estável não é afastada pelo legislador na hipótese de existência prévia ou concomitante de outro vínculo idêntico. E o art. 1.724 do Código Civil, ao arrolar os deveres dos companheiros, empregou, de modo emblemático, a expressão *dever de lealdade*, evitando a expressão *fidelidade* que emprega no âmbito do matrimônio (art. 1.566). Não há, assim, em nosso ordenamento jurídico, real obstáculo ao reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, protegendo-se em igual medida os conviventes múltiplos de uma mesma pessoa, que não tem vínculo matrimonial.[23]

Questão mais tormentosa diz respeito à união estável formada por pessoa casada. Não há dúvida de que toda a disciplina do casamento é construída em torno da ideia de monogamia. Também é inegável que o Código Civil, em seu art. 1.566, inciso I, estabelece entre os cônjuges o dever de "fidelidade recíproca". O que nenhum autor consegue explicar, de modo satisfatório, é por que a violação deste

---

[20] Paulo Lôbo, *Direito Civil – Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154.

[21] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 789.293/RJ, 16.2.2006.

[22] À inconstitucionalidade do impedimento à constituição de união estável se voltará logo adiante, ao se discutir a existência simultânea de união estável e casamento.

[23] Para mais detalhes, seja consentido remeter a Anderson Schreiber, *Famílias Simultâneas e Redes Familiares*, in Giselda Hironaka et al. (Org.), *Direito de Família e das Sucessões – Temas Atuais*, São Paulo: Método, 2009, p. 237-254.

dever de fidelidade por um dos cônjuges acaba por resultar em sanção para um terceiro: a companheira ou companheiro com quem o cônjuge infiel estabeleceu, sabe-se lá por qual razão, um relacionamento estável e duradouro. Em outras palavras: por que a companheira deve ser privada de proteção jurídica na relação inegavelmente familiar que estabelece?

Na prática, o resultado é odioso. Não é raro que uma mulher constitua com seu companheiro uma família, confiando no seu trabalho em outra cidade, nas suas noites no quartel, na sua profissão de caminhoneiro ou comerciante que o conduz ao longe, e que, no momento da separação ou do óbito, venha a descobrir que, à parte o golpe emocional, não faz jus a alimentos ou a outros amparos que, normalmente, teria porque seu ex-companheiro era casado. O direito, nas palavras de Maria Berenice Dias, acaba por premiar a infidelidade.[24]

A solução que a jurisprudência reserva a esses casos é a aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que prevê para a "concubina" uma indenização decorrente do rompimento de sociedade de fato.[25] É uma solução tecnicamente insustentável. Sociedade, no direito brasileiro, é comunhão com propósito de lucro, situação antagônica à relação familiar. A aplicação da referida Súmula acaba por equiparar a companheira a uma prestadora de serviços, de modo verdadeiramente degradante.[26] Nega-se proteção de ordem familiar a algo que se não é família, ninguém sabe dizer o que é.

É bem verdade que o já mencionado art. 1.723, § 1º, do Código Civil cria impedimento à formação de união estável por pessoa casada. O dispositivo, contudo, é claramente inconstitucional. Em primeiro lugar, a própria disciplina dos impedimentos afigura-se incompatível com a união estável, entidade familiar de constituição espontânea e informal, não controlada previamente pelo Estado. Em outras palavras: a enumeração de impedimentos faz sentido no casamento, que é ato solene, controlado pelo Poder Público. Não tem qualquer cabimento na união estável, em cuja constituição o Estado não desempenha papel algum. Além disso, a Constituição reconhece proteção familiar à união estável sem aludir ao impedimento previsto no art. 1.723, § 1º, do Código Civil. E, aqui, ganha força o argumento do Ministro Ayres Britto, quando afirma que o legislador infraconstitucional não pode reduzir o espectro de proteção reservado à união estável pelo Constituinte.

---

[24] Maria Berenice Dias, *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 173.

[25] Súmula 380: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua disssolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum."

[26] É a crítica certeira de Paulo Lôbo, *Direito Civil* – Famílias, cit., p. 166.

Além de inconstitucional, negar proteção à união estável formada por pessoa casada é contraditório com outros dispositivos do próprio Código Civil. Há vários deles que poderiam ser invocados, mas o mais importante é, sem dúvida, o art. 1.561, que, ao tratar do casamento, afirma:

> "Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.
>
> § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão."

Ora, se a pessoa que, de boa-fé, se casa com pessoa já casada continua a merecer a proteção do ordenamento, ao menos, por uma questão de coerência, se deveria reservar proteção idêntica a quem, de boa-fé, sem conhecimento do vínculo matrimonial, forma união estável com pessoa casada. Seria o mínimo, como resultado de uma analogia por demais evidente. O problema, contudo, não deve ser encarado como um jogo intelectual ou como um quebra-cabeças de dispositivos legais. Aqui, não raro a realidade da vida prega peças aos conceitos: como provar que a companheira conhecia ou desconhecia o vínculo matrimonial do seu convivente? Trata-se de prova duríssima, sabendo-se que dados dessa espécie, na maior parte das vezes, não são conhecidos ou desconhecidos, apenas frequentam aquela zona cinzenta que se estende entre o mundo das suspeitas e o temor da convicção. Falar aqui em boa-fé (como estado de consciência) é empregar critério falho, que não conduzirá com segurança a lugar algum. Nas relações afetivas, há, para muito além da boa-fé, uma vontade enorme de se acreditar na paixão sincera do outro.

O debate nesse campo não pode ganhar contornos tecnicistas. O tema situa-se no campo dos valores. Diz respeito a qual direito de família a sociedade brasileira pretende para si. De um lado, há um direito de família que seleciona uma família oficial, lançando todas as demais na clandestinidade. De outro, há um direito de família que reconhece que a vida afetiva se desenvolve de maneiras muitas vezes intrincadas e que todo ser humano tem direito à sua autodeterminação familiar, não competindo ao Estado dizer que algumas famílias são mesmo famílias e outras, não. Ao Estado compete, isso sim, reconhecer as convivências familiares que cada pessoa institui em sua vida, com a chancela oficial ou não.

Retorne-se ao caso de Joana da Paixão. Não há dúvida de que Valdemar do Amor Divino violou seu dever de fidelidade conjugal, ao trair sua esposa e constituir uma outra família com Joana da Paixão. Talvez fosse justo impor a Valdemar sanções severas por essa violação, mas Valdemar já sofreu a sanção definitiva. Quem pede abrigo ao direito é Joana da Paixão. Ela sabia do casamento? Não sabia? Deveria saber? Suspeitava? Temia? São perguntas muito difíceis de se responder. Nem o

Supremo Tribunal Federal tentou respondê-las. Decidiu o caso com base em um único fato objetivo: Valdemar do Amor Divino era casado. Por conta disso, Joana da Paixão não receberá pensão previdenciária, nem seguro de vida, nem terá direito à participação na herança. O Supremo afirma que ela é "concubina" e que, por isso, aquela convivência apaixonada de mais de 37 anos, geradora de nove filhos, não era uma família. Joana da Paixão tem absoluta certeza de que era.

8 Direito ao namoro e o caso do leilão da virgindade

O reconhecimento de um direito de toda pessoa humana à vida sexual e afetiva tem suscitado também reflexões em torno da possibilidade de utilização desse direito para outros fins que não os tradicionalmente esperados (estabelecimento de relação duradoura e formação de uma família). Assim, no campo do direito de família, hoje repleto de mecanismos de proteção, construídos no intuito de assegurar o reconhecimento de entidades familiares, abre-se mais recentemente um espaço importante – e, em certa medida, antagônico a todo aquele aparato protetivo – de afirmação da autonomia pessoal, consubstanciado no chamado "direito ao namoro" ou, mais especificamente, no direito de manter um relacionamento sexual e afetivo sem a necessária constituição de vínculos familiares. Em poucas palavras: um direito à não família.

Esse espaço de autonomia pessoal, formalizado em alguns casos por meio de pactos de convivência, revela que o direito à vida sexual e afetiva pode ser exercido com o propósito muito distinto (e, em certa medida, oposto) àquele escopo usual da formação da família. Ainda se está, contudo, no âmbito existencial, de realização da personalidade humana, pelo que não há que se suscitar aqui qualquer intervenção proibitiva do direito, tendo, antes, que se adotar todo o cuidado para não converter instrumentos de proteção familiar, adequados à maior parte dos casos, em um novo imperativo autoritário, que se imponha também sobre a minoria que opta livre e conscientemente por outro caminho para sua própria realização pessoal.

Discussões mais intensas ocorrem, contudo, quando o direito à vida sexual é exercido para a consecução de finalidades diretamente relacionadas à obtenção de lucro patrimonial. É antiquíssima a discussão moral e jurídica em torno da prostituição do corpo, mas hipóteses mais atuais podem ser mencionadas para fomentar o debate nesse campo. Veja-se o caso de Catarina Migliorini, catarinense de 20 anos, que leiloou sua virgindade na internet, como parte de um *reality show* australiano, intitulado *Virgins Wanted* (em português, *Procuram-se Virgens*).[27] Ao

---

[27] *Site* do leilão: <http://virginswanted.com.au/catarina-BID.html>.

fim do leilão, realizado entre setembro e outubro de 2012, sagrou-se vencedor um japonês conhecido apenas como *Natsu*, que ofereceu o valor de US$ 780.000,00 pela virgindade da brasileira.

A primeira vez de Catarina foi programada para ocorrer a bordo de um avião, em águas internacionais, para evitar problemas jurídicos com a legislação de qualquer país. No Brasil, não há norma expressa sobre a situação. O Código Penal brasileiro pune o favorecimento da prostituição, assim entendida a conduta de quem induz ou atrai alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a facilita, ou ainda impede ou dificulta que a pessoa a abandone (CP, art. 228). Pune também quem mantém casa de prostituição ou tira proveito da prostituição alheia ou promove tráfico de pessoa para a exploração sexual (CP, arts. 229 a 231-A).

Como se vê, a legislação brasileira poderia criar embaraço à atividade dos organizadores do *reality show* australiano, mas não contém norma aplicável à situação da própria Catarina, que seria, a princípio, livre para dispor de sua sexualidade (e de sua virgindade, portanto) como bem entender. Do que se poderia cogitar, no caso concreto, é da aplicação do princípio da dignidade humana. Será que leiloar a virgindade é atividade que atenta contra a dignidade humana, por degradar o ser humano (o que leiloa e o que adquire) ao atribuir preço a algo que, até então, se encontrava fora do mercado?

É certo que a "venda" da virgindade não é algo assim tão novo, já tendo sido inclusive retratada na mais elevada literatura latino-americana, como se vê da obra de Gabriel García Márquez, *Memorias de Mis Putas Tristes*. O que há de novo é a exploração midiática da prática, envolvendo a exibição global da detentora da virgindade, leiloada a alguém que, em contrapartida, não se apresenta como pessoa de carne e osso, mas como um simples apelido criado na Internet. O tema vincula-se diretamente à disposição do próprio corpo e à liberdade sexual, mas toca também esse aspecto mais fundo da ciência jurídica contemporânea: o que deve ou não ser impedido por depauperar a condição humana?

Deve-se evitar, de um lado, o risco histórico do liberalismo exacerbado, que tudo lança no mercado, submetendo o economicamente mais fraco à vontade do economicamente mais forte e impedindo uma genuína realização humana. De outro lado, é preciso evitar o risco de um paternalismo exagerado, com o Estado ditando um modo único para que as pessoas alcancem sua felicidade. Aqui, como em outros temas, impõe-se a valoração da autenticidade do interesse da pessoa, com a ampla consciência dos riscos envolvidos e da repercussão dos fatos, coibindo-se prontamente qualquer forma de pressão ou estímulo indevido que possa nublar a escolha estritamente pessoal. O tema, contudo, ainda promete gerar muita polêmica.

9 Liberdade religiosa e o caso do véu islâmico

Em 2004, a França editou lei extremamente polêmica, que proibiu o uso nas escolas públicas francesas de símbolos que manifestassem ostensivamente as opções religiosas dos alunos. A medida impediu o uso de crucifixos de grandes dimensões, do *kipah* judeu e, especialmente, do véu islâmico, cuja utilização no Islã é obrigatória para as mulheres. Por se recusarem a cumprir a lei, algumas adolescentes foram expulsas das suas escolas. A polêmica foi reaberta em setembro de 2010, quando o Senado francês aprovou nova lei, proibindo, dessa vez, o uso em lugares públicos do véu islâmico que cubra total ou parcialmente o rosto da mulher. Antes da votação, a Ministra da Justiça, Michelle Alliot-Marie, declarou que "o véu de rosto inteiro dissolve a identidade de uma pessoa na comunidade" e "desafia o modelo francês de integração, com base na aceitação dos valores da nossa sociedade".[28] Em outubro de 2010, a lei foi aprovada pelo Conselho Constitucional francês, que ressalvou, todavia, a possibilidade do uso do véu em lugares públicos onde ocorram cerimônias religiosas, para evitar ofensa à liberdade religiosa.

Assim como o Estado francês, o Estado brasileiro não possui religião oficial. Nossa Constituição reconhece, em seu art. 5º, inciso VI, a liberdade de crença e o livre exercício de cultos religiosos. Trata-se de um direito essencial a toda pessoa humana. Apesar disso, a liberdade religiosa não vem normalmente arrolada entre os direitos da personalidade, mas sim entre os direitos fundamentais, pois sua trajetória histórica foi sobretudo a da afirmação frente ao Estado. É nesse sentido que o texto constitucional assegura, no inciso VIII do mesmo art. 5º que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa", salvo se a invocar "para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". Além de vedar a discriminação, a Constituição brasileira garante a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI) e a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII).

A abundância de normas constitucionais não tem impedido que a liberdade de culto das minorias seja sacrificada em nome de valores tidos como superiores pela maioria da população. Caso dramático, já examinado a fundo, é o das testemunhas de Jeová, compelidas, muitas vezes, a receber transfusão de sangue por conta de uma suposta superioridade da vida humana em relação à (sua) escolha religiosa.[29] Problemas semelhantes se verificam no campo dos costumes privados e das práticas institucionais. Mecanismos cotidianos, como os horários de funcionamento dos estabelecimentos públicos, os trajes exigidos em determinadas situações sociais,

[28] *Proibição a Véu Islâmico Passa no Senado Francês*, matéria publicada em 14.9.2010 no *O Globo Online*.

[29] O tema foi examinado no capítulo atinente ao direito ao próprio corpo.

as cerimônias cívicas, o cardápio dos refeitórios públicos, as normas de comportamento em empresas privadas e instituições de ensino raramente se encontram adaptados às necessidades fundamentais de religiões minoritárias, o que acaba por exigir o recurso ao Poder Judiciário para assegurar a liberdade de culto.

Mencione-se, a título ilustrativo, julgamento em que o Supremo Tribunal Federal, ainda sob a vigência da Constituição anterior, relativizou normas de suspensão condicional da pena que impediam ex-detenta de frequentar cultos religiosos em "residências ou locais não destinados especificamente a este fim". A corte suprema entendeu, na ocasião, que a liberdade religiosa pode ser exercida "numa igreja, numa outra casa e até em praça pública (missa campal, por exemplo)".[30] Em 2001, por outro lado, o mesmo Supremo Tribunal Federal indeferiu pedido de extraditandos que, na condição de judeus ortodoxos, solicitavam autorização para celebrar em suas residências o evento religioso correspondente à Páscoa católica, tendo em vista que sua religião "impõe a observância de princípios rígidos" naquele período. Por decisão monocrática do Ministro Moreira Alves, o pedido foi indeferido, ao argumento de que a legislação não autoriza a concessão do benefício e que a Constituição brasileira assegura, em seu art. 5º, inciso VII, "a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva".[31]

Outro pedido polêmico foi examinado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: adepto da Igreja Adventista do 7º Dia solicitou judicialmente a determinação de um horário especial para realização do concurso público para magistratura, diante do fato de que a sua religião proibia atividades seculares do entardecer de sexta-feira até o pôr do sol de sábado. Mesmo diante da regra rígida de isonomia que pauta os concursos públicos, o tribunal concedeu liminar autorizando o candidato a realizar a prova no próprio sábado, das 20h17min às 24h. A decisão foi adotada por maioria, tendo os votos dissidentes sustentado que havia risco de quebra da isonomia na realização do concurso e que o requerente teria dificuldade, diante de seu "radicalismo" religioso, de exercer adequadamente o cargo público que visava, já que impossibilitado de apreciar medidas urgentes entre as tardes de sexta-feira e o pôr do sol de sábado.[32]

Quatro séculos de influência hegemônica da Igreja Católica sobre o Estado brasileiro explicam, em parte, a dificuldade de aceitação de práticas e hábitos religiosos distintos daqueles majoritariamente aceitos e já incorporados como "naturais" pelo inconsciente coletivo. A ausência entre nós de uma discussão intensa sobre

---

[30] STF, Recurso Extraordinário Criminal 92.916/PR, Rel. Min. Antonio Neder, 19.5.1981.

[31] STF, Extradição 815/EU, Rel. Min. Moreira Alves, 6.4.2001.

[32] TJRS, Mandado de Segurança 7000.202.5906, Rel. Des. Araken de Assis, 11.5.2001. O julgamento final do caso foi prejudicado por não ter sido o candidato aprovado na primeira fase do certame.

o emprego de símbolos religiosos em locais públicos, como a que se instaurou em torno do uso do véu islâmico na França, não deriva de uma maior tolerância do povo brasileiro com as minorias religiosas, característica muitas vezes romantizada no Brasil. Decorre, isso sim, de uma composição singular da nossa população, cuja esmagadora maioria é declaradamente católica. Nesse contexto, as discussões sequer chegam a se impor. Costumes e símbolos católicos são incorporados como algo natural ao cotidiano das instituições privadas e públicas.[33]

A quem busque um exemplo vale a visita ao plenário do Supremo Tribunal Federal. Na parede daquela sala, onde se deveriam discutir com a mais absoluta isenção temas como o aborto e a eutanásia, pende um cristo crucificado. Apesar da absoluta separação entre Estado e religião, reconhecida em sede constitucional, o plenário da mais alta corte do país exibe, em sua parede, um tanto acima do brasão da República, um símbolo católico. E o exemplo é seguido em inúmeros tribunais Brasil afora, o que parece tornar ainda mais difícil a tarefa do Poder Judiciário nesse campo: atuar com imparcialidade e isenção, assegurando a toda pessoa o exercício da sua liberdade religiosa e agindo com redobrada sensibilidade na adequação de mecanismos institucionais às necessidades das minorias.

10 Liberdade de expressão

Como a liberdade religiosa, a liberdade de expressão não vem usualmente incluída entre os direitos da personalidade. Isso porque, também aqui, o embate se dá historicamente não entre os próprios particulares, mas entre eles e o Estado. A censura estatal à liberdade de expressão marca não apenas o período longínquo do absolutismo monárquico, mas se reedita na experiência recente da República brasileira, tendo representado uma das mais nítidas facetas da ditadura militar. Daí a clareza com que a Constituição de 1988 declara, em seu art. 5º, inciso IX, que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

A liberdade de expressão assume, assim, a tradicional conotação de um direito contra a intervenção do Estado ou de uma "liberdade", em sentido clássico. Nos dias atuais, em que se discute no Brasil a regulamentação da mídia, não faltam vozes nos grandes veículos de comunicação para invocar o receio de um retorno à censura estatal. De outro lado, setores menos convencionais do jornalismo celebram a iniciativa de regulamentação, como o fim do império dos "grandes conglomerados

[33] Para mais detalhes sobre o tema, ver: Gustavo Tepedino; Anderson Schreiber, *Minorias no Direito Civil Brasileiro*, *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 10, Rio de Janeiro: Padma, p. 135-155.

da meia dúzia de famílias que mandam na comunicação brasileira".[34] Em meio ao debate, a visão do Estado como inimigo da liberdade de expressão começa a esmorecer, inclusive no ambiente jurídico.

Sendo chamado a examinar, com frequência cada vez maior, abusos cometidos por certos órgãos da imprensa, o Poder Judiciário começa a se ressentir da falta de efetividade dos remédios colocados à sua disposição. Ao mesmo tempo, o setor das concessões públicas de rádio e TV aparece como altamente desregulamentado, se comparado com outros campos de interesse público, como energia elétrica e telefonia, que já contam com agências reguladoras específicas. A tudo isso soma-se a preocupação com uma certa unicidade de discurso e de agenda que vem marcando a atuação dos nossos principais veículos de comunicação. Se é certo que o Estado não deve, de nenhum modo, interferir no conteúdo veiculado pela imprensa, também é certo que lhe compete assegurar que o setor seja caracterizado pelo pluralismo de opiniões, como instrumento indispensável para reforçar o debate democrático.

De fato, o papel da imprensa só pode ser plenamente realizado por uma imprensa que, além de livre, seja plural. É natural que o mercado tenda ao resultado oposto: a concentração de atividades em conglomerados de longa experiência no setor e forte poder de negociação. Ao Estado compete, contudo, garantir o mais pleno acesso aos meios de comunicação, evitando, por meio de medidas instrumentais, que as minorias sejam privadas da sua liberdade de expressão, juridicamente tão importante quanto a liberdade de expressão da maioria.

Mesmo nos Estados Unidos, onde longa tradição reserva conotação quase intocável às liberdades de expressão e de imprensa, a necessidade de alguma atuação do Poder Público começa a ser sentida. Nessa esteira, sustenta Owen Fiss que "devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la".[35] Para o professor da Universidade de Yale, alguns precedentes judiciais norte-americanos já revelam o arrefecimento da tradicional hostilidade ao Estado no campo da liberdade de expressão, mostrando algum reconhecimento do papel que ele pode desempenhar na garantia de um ambiente público efetivamente democrático.

No Brasil, exemplo claro de atuação do Estado como agente regulador para garantir o pluralismo e a diversidade democrática tem-se no horário eleitoral gratuito.

---

[34] Alexandre Haubrich, *Jornalismo B* (<jornalismob.wordpress.com>), em 10.11.2010.

[35] Owen M. Fiss, *A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 144.

> "Trata-se, como apontam diversas emissoras, de uma clara interferência na liberdade editorial dos meios de comunicação. No entanto, argumenta-se também que tal interferência se dá para garantir a liberdade de expressão de partidos e candidatos que seriam banidos da grande mídia na ausência da referida obrigatoriedade. A ponderação entre esses dois argumentos centrais – um em favor da autonomia da mídia para escolher o que transmitir e outro em defesa do pluralismo na transmissão – é que define os contornos da atuação estatal nessa esfera."[36]

A atuação do Estado se dá também de outros modos. Compete-lhe não apenas garantir o pluralismo na comunicação social, mas também evitar que a liberdade de expressão (instrumental, por definição) se converta em arma contra outros direitos fundamentais da pessoa humana, que a Constituição tutela em idêntica medida. É o que ocorre naquelas situações que envolvem, por exemplo, a veiculação de pornografia infantil na internet ou, ainda, a propagação de discursos de incitação ao ódio, também chamado *hate speech*, tema espinhoso que bem exprime o confronto entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Nesse campo, os casos são polêmicos e não raro dividem os tribunais. Foi o que aconteceu com o nosso Supremo Tribunal Federal no conhecido caso Ellwanger.

11 O caso Ellwanger

Escritor e sócio de um editora, Siegfried Ellwanger Castan editou, distribuiu e vendeu ao público obra de sua autoria intitulada *Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século*. Por meio de sua editora, publicou ainda livros de autores nacionais e estrangeiros em torno da mesma temática, como *O Judeu Internacional*, de Henry Ford, e *Hitler – Culpado ou Inocente?*, de Sérgio Oliveira. Foi denunciado criminalmente por prática de racismo contra os judeus, já que, segundo a denúncia, os livros "abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias", procurando com isso "incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica".

O editor foi absolvido em primeira instância. Entendeu a juíza substituta da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre que a atividade do réu consistia em legítimo exercício da sua liberdade constitucional de expressão, tendo o acusado se limitado a manifestar sua opinião sobre fatos históricos, sob um ângulo diverso da maioria. Houve recurso por parte dos assistentes de acusação. O Tribunal de Justiça do Rio Grande

---

[36] Gustavo Binenbojm; Caio Mário da Silva Pereira Neto, *Prefácio à Edição Brasileira de Owen M. Fiss, A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*, cit., p. 17-18.

do Sul reformou a sentença, condenando o editor pelo crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989, cuja redação era então a seguinte:

> "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.
>
> Pena: reclusão de dois a cinco anos."

O réu foi condenado à pena de reclusão. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão, restando vencido o Ministro Edson Vidigal. Os advogados do editor impetraram *habeas corpus* sustentando que "seu delito foi contra os judeus, e não são os judeus uma raça". Por conta disso, argumentaram que o crime não poderia ser considerado "racismo" para os fins do disposto no art. 5º, inciso XLII, da Constituição, segundo o qual "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível". Como resultado da tese, os advogados pretendiam ver reconhecida a extinção da punibilidade do editor pela prescrição da pretensão punitiva do Estado. O Superior Tribunal de Justiça rejeitou, por maioria, o *habeas corpus* e o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal.[37]

Iniciado o julgamento, o Ministro Moreira Alves votou pelo acolhimento do *habeas corpus*. Após longa exposição histórica, na qual ressalta que a intenção do Constituinte brasileiro foi tornar imprescritível apenas os crimes de discriminação baseados na cor da pele, concluiu o Ministro:

> "Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14.11.1991 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31.10.1996, decorreram mais de quatro anos. Em face do exposto, defiro o presente *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva."

Em sentido diametralmente oposto, votou o Ministro Maurício Correa, concluindo:

> "Por tudo que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para

---

[37] STF, *Habeas Corpus* 82.424-2/RS, Rel. originário Min. Moreira Alves, Rel. para acórdão Min. Maurício Correa, 17.9.2003.

justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva de raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam ideias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas, e, em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados. [...] Ante essas circunstâncias, rogando todas as vênias ao Ministro Moreira Alves, indefiro o *habeas corpus*."

O Ministro Moreira Alves confirmou seu voto, por meio de nova manifestação na qual, além de repisar seu argumento central acerca da intenção do Constituinte, retomou o tema da liberdade de expressão:

"No caso, saliente-se, o enquadramento no crime de racismo se deu também por edição de obras que se encontram em bibliotecas e no comércio de livros, como as de Gustavo Barroso, que foi membro da Academia Brasileira de Letras, como ocorre com a 'História Secreta do Brasil', em que ataca o capitalismo judaico, e que foi editada na Coleção Brasiliana, coleção clássica de obras da história do Brasil. Reeditá-la será crime, e crime imprescritível? Estará ela incluída num index de livros proibidos, de certa forma de consequências temporais mais graves, por implicar crime, de origem religiosa?"

Foi interrompido nessa passagem pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que afirmou:

"Creio que a beleza e a seriedade excepcional da discussão sobre o conceito de racismo está deixando um pouco de sobra uma outra discussão relevante: o livro como instrumento de um crime, cujo verbo central é 'incitar'. Fico muito preocupado com certas denúncias do Pós-64 neste País, da condenação de Caio Prado porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação marxista."

Os Ministros Celso Mello e Carlos Velloso votaram, em seguida, acompanhando o Ministro Maurício Correa, em favor do indeferimento do *habeas corpus*. O Ministro Nelson Jobim iniciou seu voto acompanhando os Ministros que o antecederam. Foi interrompido, também ele, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que realçou sua preocupação com a tutela da liberdade de expressão:

"Não lhe causa nenhuma preocupação o problema de definir como crime de incitamento ao racismo a reedição de livros de há muito conhecidos?"

Ao que o Ministro Jobim respondeu:

> "[...] a questão não é o problema específico da edição do livro; é a forma pela qual esta edição tenha sido utilizada e para que foi utilizada. Vamos admitir que a Biblioteca do Exército ou a Biblioteca Nacional editassem o livro para registros históricos. Mas aqui não é o caso. Aqui, temos esses livros, de controle histórico – como é o caso do Gustavo Barroso, que também já li –, e juntando aos demais, e a toda conduta atrás disso mostra que a edição do livro é um instrumento para a prática de racismo. [...] É fundamental examinar o caso concreto e, neste conjunto de condutas definidas, está claro que as edições dos livros não foram por motivos históricos, não foram para o enriquecimento de sua biblioteca, foram instrumentos para se opor e produzir o anti-semitismo".

O Ministro Jobim concluiu seu voto, acompanhando o Ministro Maurício Correa no indeferimento do *habeas corpus*. A Ministra Ellen Gracie antecipou seu voto no mesmo sentido e igual posição foi adotada pelo Ministro Cezar Peluso. Veio, então, o voto do Ministro Ayres Britto que, discordando daqueles que o antecederam, concedeu *habeas corpus* de ofício por entender que o editor "não incorreu em conduta penalmente típica". O Ministro analisou em seu voto diversos trechos do livro de autoria do editor, e assim concluiu:

> "Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (o estilo redacional do autor é pouco atraente, devo dizê-lo, e a distribuição dos temas se me afigurou um pouco baralhada), convenci-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das ideias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, entrevistas, fotos, mapas, etc., com indicação das respectivas fontes (contei 86 citações, entre livros e artigos, 16 jornais, 8 revistas e 2 agências de notícias). Apelando, então, para a própria razão ou senso crítico do leitor. Não para aqueles baixos sentimentos, aqueles instintos menores que respondem pelo desvario das condutas humanas de cego apaixonamento. Incivilizadas, portanto. Que me esforço por dizer? Esforço-me por que dizer que, no contexto da obra que tem por autor Sigfried Ellwanger Castan, trilhei um caminho de nenhum deleite intelectual ou agrado literário. Mas sem poder negar a ele, paciente, o que é próprio dos estudiosos: a objetiva análise de fatos, ações, eventos, personalidades. [...] É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente, literariamente, e em parte quixotesca. E obra de quem professa uma ideologia. Ainda que pouco verossímil."

O Ministro analisou, também, os demais livros publicados pelo editor, afirmando não ver tampouco neles prática discriminatória:

> "Quanto às duas outras publicações objeto da denúncia promotorial pública, o que posso dizer é que seus autores são conhecidos (Henry Ford é o famoso industrial da montadora multinacional Ford de automóveis, entre outros títulos, e Gustavo Barroso foi membro e presidente duas vezes da Academia Brasileira de Letras) e elas circulam, também livremente, por Estados como a França e a América do Norte (mesmo *site* amazon.com). Mas os próprios títulos dessas obras também sinalizam o idêntico propósito de falar dos judeus como eternos pretendentes à conquista do mundo, sob inspiração e decidida militância sionista. O que não tenho como prática discriminadora (mesmo sem aderir, pessoalmente, a tais pontos de vista), porque desacompanhada daqueles argumentos que buscam entorpecer o raciocínio do leitor e conduzi-los à liberação de instintos bestiais (como de instinto bestial é, de fato, a prática do racismo)."

Em seguida, votou o Ministro Marco Aurélio. Em seu voto, concluiu também pela inexistência de crime de racismo na conduta do editor:

> "O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma ideia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de ideia preconceituosa, mas não a partir da proibição da divulgação dessa ideia, não a partir da conclusão sobre a prática do crime de racismo, de um crime que a Carta da República levou às últimas consequências quando, declarando-o imprescritível, desprezou a consagrada e salutar segurança jurídica. O combate deve basear-se em critérios justos e limpos, no confronto de ideias. Parafraseando Voltaire, citado pelo ministro Carlos Britto, afirmo: não concordo com o que o paciente escreveu, mas defendo o direito que ele tem de divulgar o que pensa. Não é a condenação do paciente por esta Corte – considerado o crime de racismo – a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos."

Na sequência, o Ministro Celso Mello pediu licença para reiterar seu voto, afirmando que, em nenhum momento, negou tutela à liberdade de expressão, limitando-se a rechaçar o abuso no exercício dessa liberdade. Nesse sentido, acrescentou referências a trechos das obras discutidas:

> "Eis, exemplificativamente, alguns fragmentos dessas publicações, por ele editados ou de sua própria autoria, cujo teor revela o claro propósito criminoso de estimular ou de fomentar o ódio público contra o povo judeu: *'Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação.'* [...] *'O judeu é um autocrata encarniçado'* [...] *'Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando*

> *pode, viverá do lavrador'* [...] *'Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais'* [...]."

Também os Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Nelson Jobim confirmaram seus votos. A discussão prosseguiu acaloradamente entre os Ministros da corte suprema, como se pode constatar, a título ilustrativo, da seguinte passagem:

> "*Min. Celso de Mello*: – [...] De outro lado, Senhor Presidente, a alegação do ora paciente, quando do seu interrogatório judicial, de que pretende 'levar avante um ideal', movido por razões ideológicas, em nada pode beneficiá-lo, pois – como procurei demonstrar em meu voto – ideais criminosos, como os de que se acha impregnado Siegfried Ellwanger, não encontram apoio em nosso ordenamento positivo.
>
> *Min. Carlos Britto*: – Não. Há prova de que ele é um político; transitou por área política. Sou um ideólogo, quero levar avante um ideal, disse ele. Isso confirma o propósito político-ideológico.
>
> *Min. Nelson Jobim*: – Nada. Ele quer matar judeu."

Novas discussões se seguiram quando do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que, ao final, acompanhou a maioria indeferindo o *habeas corpus*. Sem renunciar à sua preocupação com os riscos de censura à liberdade de expressão, o Ministro Pertence destacou:

> "Mas, é claro, não posso tachar de absurda a decisão do Tribunal de Justiça que analisa um livro do paciente como este – *Holocausto – Judeu ou Alemão?* – no qual –, após, segundo o autor – a fotografia de um desenho de cadáveres, se lê: *'A foto acima'* – *leio fls. 205/206* – *'tomada pelo exército norte-americano no campo de Dachau, após a libertação do mesmo, mostra os corpos de aproximadamente 160 pessoas, que foram propositadamente expostas no chão para servirem de propaganda antialemã, a fim de justificar ou tentar justificar um pouco o que tinham feito contra a Alemanha, deixando suas cidades em ruínas e um número incontável de civis mortos, homens, mulheres, crianças e velhos, como poderão ver em capítulo próximo* [...]'. Acoplados trechos como esses, de que o livro é fértil, à conclusão que o Tribunal de mérito extraiu dos autos, de um propósito de proselitismo da publicação, não posso entendê-lo como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa alguma."

Encerrou-se assim o polêmico julgamento do caso Ellwanger. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*, restando vencidos os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Ayres Britto. O debatido acórdão aporta importantes subsídios ao estudo da liberdade de expressão, como o exame do propósito da obra e do contexto de sua publicação, remetendo ainda a outro tema de extrema importância no campo dos direitos da personalidade: a igualdade substancial.

12 Igualdade substancial e ação afirmativa: as cotas na Universidade Pública

Em 2003, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro realizou o primeiro vestibular do país com cotas reservadas para estudantes negros e oriundos de escolas públicas. A iniciativa foi amparada em lei estadual específica, que reservava o percentual mínimo de 45% das vagas dos cursos de graduação das universidades estaduais do Rio de Janeiro para "estudantes carentes", na seguinte proporção: 20% das vagas para estudantes oriundos da "rede pública de ensino", 20% para "negros" e 5% para "pessoas com deficiência, nos termos da legislação em vigor, e integrantes de minorias étnicas".[38] Apesar do nítido comando legal, instaurou-se acesa polêmica em torno da reserva de cotas. Muitos juristas argumentaram que se tratava de medida inconstitucional, uma vez que contrariava a igualdade de condições de acesso à universidade pública. O argumento precisa ser examinado com cautela.

A Constituição de 1988 afirma, no *caput* do seu art. 5º, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Trata-se da chamada igualdade formal. Garantia já antiga que as Constituições de toda parte herdaram da Revolução Francesa e das demais revoluções liberais, a igualdade formal surge como reação direta ao período histórico do Absolutismo Monárquico, em que as leis faziam distinções entre nobres e plebeus, instituindo privilégios que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito. As leis, como comandos gerais e abstratos, devem, em regra, tratar a todos da mesma maneira.

Ninguém imaginará, contudo, que o direito à igualdade se exaure nisso. Diante de uma realidade marcada por profundas desigualdades (sociais, econômicas, sexuais, raciais etc.), limitar-se à igualdade formal significaria consagrar uma verdadeira farsa. Seria como dizer que séculos de tratamento desigual devem ser esquecidos porque a lei hoje trata a todos como iguais. Da ordem jurídica espera-se algo mais que uma igualdade puramente formal. Entre nós, já Rui Barbosa advertia que "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade".[39]

A igualdade, portanto, não consiste apenas em tratar a todos igualmente, mas também em tratar desigualmente os desiguais "na medida em que se desigualam".

---

[38] A primeira lei estadual sobre o tema (Lei 4.151/2003) foi revogada pela Lei 5.346/2008, que, com algumas alterações pontuais, manteve a reserva de cotas para ingresso nas universidades estaduais e os percentuais estabelecidos na legislação anterior. Entre as inovações da Lei 5.346/2008 merece destaque a inserção dos indígenas ao lado dos negros, como grupo habilitado à disputa das vagas reservadas.

[39] *Oração aos Moços.* São Paulo: Papagaio, 2003. p. 26.

É a chamada igualdade substancial, que também consta, a rigor, do nosso texto constitucional. Veja-se, por exemplo, o art. 3º, inciso III, da Constituição, que insere dentre os objetivos fundamentais da República brasileira "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Sobre o dispositivo, já afirmou o Ministro Marco Aurélio de Mello:

> "Posso asseverar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos construir, garantir, erradicar e promover implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar ação. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades."[40]

O que a Lei Maior exige do Estado é, portanto, um papel ativo na redução das desigualdades, que passa necessariamente pelo tratamento desigual dos desiguais. Confira-se, ainda, o disposto no inciso XLI do art. 5º, em que o Constituinte afirma que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Vale dizer: não é vedada toda e qualquer discriminação, mas tão somente aquela que atenta contra os direitos e liberdades fundamentais. Há, de outro lado, uma discriminação que não viola tais direitos, mas, muito ao contrário, os realiza.

Tome-se como exemplo a Lei 8.112/1990, que garante 20% das vagas em concurso público para portadores de deficiência (art. 5º, § 2º). Em sentido semelhante, a Lei 9.504/1997 assegura participação feminina na candidatura eleitoral, ao determinar que "cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo" (art. 10, § 3º). A Lei 8.666/1993, por sua vez, dispensa a licitação para a contratação de associações de deficientes físicos, sem fins lucrativos (art. 24, inciso XX). Essas são apenas algumas das situações em que o ordenamento jurídico não trata a todos igualmente. Discrimina, mas o faz com o escopo de promover a igualdade, sob o prisma substancial.

Essas iniciativas públicas e privadas voltadas à realização da igualdade substancial são chamadas de ações afirmativas. Já de alguma tradição nos Estados Unidos, as ações afirmativas começaram a atrair atenção no Brasil no início da década de 1990. Um dos pioneiros dentre nós no estudo do tema, o hoje Ministro Joaquim Barbosa, esclarece que "as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou

---

[40] Marco Aurélio Mello, *Óptica Constitucional – A Igualdade e as Ações Afirmativas*, texto de palestra proferida no seminário *Discriminação e Sistema Legal Brasileiro*, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20.11.2001.

voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego".[41]

Nada há de inconstitucional, portanto, no sistema de cotas para ingresso na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. A iniciativa, já replicada pela Universidade de Brasília, não contraria o direito à igualdade, mas o realiza, sob o aspecto substancial, preservando o princípio meritocrático, já que, mesmo no âmbito das vagas reservadas, só os melhores restam aprovados. O propósito do sistema de cotas é corrigir as históricas distorções no acesso à universidade pública no Brasil. Chamado a examinar eventual inconstitucionalidade da medida, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro corroborou esse entendimento:

> "A igualdade somente pode ser verificada entre pessoas que se encontram em situação equivalente, sendo levados em consideração os fatores ditados pela realidade econômica, social e cultural. O princípio da isonomia garante que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas a todos os indivíduos; vai além na medida em que considera a existência de grupos minoritários e hipossuficientes, que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade real, esta sim uma exigência do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Portanto, a igualdade prevista na Constituição Federal e repetida na Constituição do Estado do Rio de Janeiro é a igualdade substancial. Se assim não fosse, ainda estaríamos na época do Império, cuja Carta consagrava o princípio da igualdade, mas permitia a convivência do indigitado princípio com a vergonha do regime escravocrata. A ação afirmativa liga-se por um vínculo inquebrantável ao princípio da isonomia. Ela é o instrumento eficaz a garantir sua concretização no seio das sociedades que, a exemplo da nossa, já nascem marcadas pela desigualdade e pelo preconceito. Neste contexto, a Lei de Cotas (Lei Estadual nº 5.346/08) surge não como um diploma concessivo de direitos, vez que estes já são assegurados na Constituição e em outros diplomas. A Lei de Cotas, em verdade, é diploma concretizador de direitos, de constitucionalidade induvidosa."[42]

O mito da democracia racial brasileira não resiste, infelizmente, a uma análise mais atenta da realidade social.[43] A imensa maioria branca nas universidades públicas e privadas, nas diretorias das grandes corporações, nos escritórios de advocacia e nos cargos governamentais contrastam de modo verdadeiramente cruel com as

---

[41] Joaquim B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

[42] TJRJ, Órgão Especial, Representação por Inconstitucionalidade 9/2009, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, 18.11.2009.

[43] Sobre o tema, vale conferir: TELLES, Edward, *Racismo à Brasileira*, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2003.

estatísticas oficiais que revelam que quase 50% da população brasileira se declara "negra" ou "parda". Pior: as mesmas estatísticas revelam que "a população de cor de pele declaradamente negra e parda tem menos escolaridade e um rendimento médio equivalente à metade do recebido pela população que se declara branca".[44] Não há dúvida, portanto, de que o acesso à educação e ao emprego são marcados por uma desigualdade flagrante que as ações afirmativas se propõem a corrigir.

Nessa direção, o Congresso Nacional aprovou, em 2010, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288), recheado de referências às ações afirmativas, ali definidas como "os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades". Em seu art. 10, inciso I, a Lei nº 12.288/2010 dispunha expressamente:

> Art. 10. Para o cumprimento do disposto no art. 9º, os governos federal, estaduais, distrital e municipais adotarão as seguintes providências:
>
> I – promoção de ações para viabilizar e ampliar o acesso da população negra ao ensino gratuito e às atividades esportivas e de lazer [...]

O dispositivo já autorizava, portanto, a adoção pelo Governo Federal e pelos Governos Estaduais e Municipais do sistema de cotas em suas respectivas universidades públicas, sem necessidade de qualquer ato do Congresso Nacional. É certo que uma lei geral, de cunho nacional, continuava a ser esperada não apenas para impor a reserva de vagas, independentemente de iniciativa de cada Poder Executivo, mas também para regulamentar e unificar minimamente o modo de implementação do sistema de cotas no país. Na 1ª edição deste livro fazia-se referência ao Projeto de Lei nº 180/2008, voltado a instituir o sistema de cotas nas Universidades federais e em instituições federais de ensino técnico de nível médio, afirmando-se que sua longa tramitação parecia estar chegando ao fim. Em agosto de 2012, o referido projeto deu origem à Lei nº 12.711, que regula o tema.

Antes da edição da lei federal, discutia-se o critério para que os candidatos se tornassem aptos a disputar vagas reservadas à população negra ou indígena. A legislação fluminense adota o critério da autodeclaração, critério que é também empregado pelo IBGE na realização do censo demográfico brasileiro. A Lei Federal nº 12.711 seguiu o mesmo caminho. O tema, contudo, é polêmico. Há quem enxergue no critério uma janela para o oportunismo, sugerindo a formação de comissões de avaliação do fenótipo dos candidatos, situação estranha e desconfortável, para se dizer o mínimo. A autodeclaração tem justamente a virtude de corrigir, em

---

[44] Pesquisa realizada em sete regiões metropolitanas (Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador, Belo Horizonte, Salvador, Recife e Porto Alegre) pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Divulgada em 17.11.2006, a pesquisa encontra-se disponível no *site* do Instituto: <www.ibge.gov.br>.

alguma medida, o racismo velado que se instituiu na realidade brasileira. Além disso, não parece haver nenhum outro critério mais seguro para guiar o processo, pois, como já visto, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu, no caso Ellwanger, que o nosso ordenamento jurídico acolhe "a perspectiva de raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica".[45]

Ainda no campo dos aspectos operacionais, discute-se se a carência econômica deve ser requisito necessário para a qualificação do candidato como apto à disputa das vagas reservadas. A legislação estadual do Rio de Janeiro resolveu afirmativamente a questão, limitando a reserva ao estudante que, além de preencher o requisito setorial (negros, indígenas, oriundos da rede pública de ensino, deficientes físicos etc.), seja "carente", ou seja, "aquele assim definido pela universidade pública estadual, que deverá levar em consideração o nível socioeconômico do candidato e disciplinar como se fará a prova dessa condição, valendo-se, para tanto, dos indicadores socioeconômicos utilizados por órgãos públicos oficiais".[46] A Lei Federal segue caminho diverso. Reserva 50% das vagas destinadas a alunos originários da rede pública de ensino aos "estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo *per capita*".[47] A questão racial assume, contudo, independência na iniciativa federal, enquanto na legislação estadual aparece vinculada, em certa medida, ao critério socioeconômico.

Também os percentuais de vagas reservadas foram objeto de intenso debate. A lei fluminense estabelece, como visto, percentuais fixos, que alguns consideram elevados, outros reduzidos. Já a Lei Federal nº 12.711 fixa um percentual de 50% das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio nas escolas públicas e afirma que essas vagas serão preenchidas por autodeclarados pretos, pardos e indígenas em "proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE".[48] Diante da flagrante diversidade entre os Estados brasileiros nesse aspecto, tal critério afigura-se, de fato, mais adequado a uma lei federal que tem aplicação em todo o território nacional.

Há, ainda, outros aspectos da implementação do sistema de cotas que, em um estudo detalhado, mereceriam atenção. A verdade, contudo, é que parece impossível

---

[45] Voto do Min. Maurício Correa, relator para acórdão no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424-2/RS, Rel. originário Min. Moreira Alves, 17.9.2003.

[46] Art. 1º, § 1º, da Lei Estadual nº 5.346/2008.

[47] Lei 12.711/2012, arts. 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único.

[48] Lei 12.711/2012, art. 3º.

alcançar consenso quanto a esses aspectos sem a implementação e observação de uma iniciativa real. É claro que o sistema de cotas deve ser pautado pela adequação e proporcionalidade entre o meio empregado e o fim a que se destina. Sua legitimidade depende, em larga medida, da eficiência na realização do seu propósito central, que é atingir a inclusão das minorias na exata medida em que foram deixadas de lado (*left out*) pelo processo histórico de desenvolvimento de cada nação.[49] O grau e as características da exclusão dessas minorias e, portanto, as necessidades relativas à sua inclusão variam de país para país e, num país como o Brasil, de região para região. Daí decorre a nítida dificuldade de obtenção de um consenso no Congresso Nacional, onde projetos de lei sobre o tema tramitaram por mais de dez anos.[50]

A Lei Federal nº 12.711, de 2012, representa um alento e uma oportunidade de verificar, na prática, qual o melhor modo de implementar uma medida tão aguardada. Afigura-se utilíssima também a observação de uma iniciativa pioneira como a que ocorreu na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Suas características têm sido continuamente analisadas e aperfeiçoadas no cotidiano das salas de aula e das coordenadorias acadêmicas.[51] A necessidade de programas de apoio e medidas paralelas ganha força, restando evidente que o problema da inclusão não se resume ao acesso à universidade pública, mas se dirige ao propósito maior de reequilibrar o processo educativo e oferecer oportunidades iguais aos integrantes das minorias para a condução dos seus próprios projetos de vida.

Além disso, graças ao sistema de cotas, retoma-se com renovado vigor o papel democrático da universidade pública, recolocada no rumo do pluralismo social no exato momento em que a crescente disputa por vagas, a alta especialização dos vestibulares e o sucateamento do ensino médio gratuito empurravam o ensino universitário de caráter público para direção diametralmente oposta. Agora, a própria universidade se transforma, para perceber e incluir de modo mais concreto em sua agenda os problemas e vicissitudes sociais que, antes, não pareciam tão próximos da realidade dos seus alunos e, consequentemente, dos seus professores. O próprio currículo universitário deve se transformar para atender a novos temas, sabido que o processo educacional não é via de mão única, mas diálogo constante.[52]

---

[49] Barbara R. Bergmann, *In Defense of Affirmative Action*, New York: New Republic, 1996, p. 7.

[50] A Lei nº 12.711/2012 é fruto do Projeto de Lei nº 180/2008, que por sua vez derivava do Projeto de Lei nº 73, que tramitava no Congresso Nacional desde o ano de 1999.

[51] Merece destaque nesse particular o estudo de Stella Amadei. *Sistema de Cotas na UERJ – Uma Análise Quantitativa dos Dados de Ingresso*, publicado na *Revista Eletrônica do Vestibular*, ano 1, nº 2, 2008, e disponível em <www.revista.vestibular.uerj.br>. Ali, a autora constata o decréscimo da demanda por vagas dentro dos limites percentuais estabelecidos e atesta “a dificuldade de uma única ação afirmativa pontual em reduzir as atuais desigualdades étnicas, sociais e econômicas”.

[52] Aqui, é imprescindível a remissão à obra de Paulo Freire, em especial *Pedagogia da Autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, e *Por uma Pedagogia da Pergunta* (com Antonio Faundez), São Paulo: Paz e Terra, 2002.

Brasil afora, professores da UERJ ouvem perguntas sobre se os cotistas estão preparados para o curso, quando, na verdade, é o curso que deve estar preparado para os cotistas. A inclusão não deve vir como favor ou privilégio para o incluído, mas como oportunidade dupla, que contribui para corrigir não apenas um desequilíbrio histórico, mas também um desvio mais recente, relativo ao papel que deve ser desempenhado pela universidade brasileira. Eis a boa nova: a correção está em curso.

13 Direito à diferença

Já se viu que todo ser humano tem direito à igualdade. Seja em seu aspecto formal, seja em seu aspecto substancial, a igualdade representa garantia consagrada no texto constitucional brasileiro e não passa despercebida a qualquer cidadão. Bem mais recente é a alusão ao que se tem denominado de direito à diferença ou "direito de ser diferente".[53] Em uma realidade marcada pelo multiculturalismo, afirma-se, com intensidade cada vez maior, a importância de não se desconsiderarem os particularismos de grupos e pessoas. Na lição de Boaventura de Sousa Santos, "as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza".[54]

Embora seja necessário superar as desigualdades, tal processo de superação não pode e não deve aniquilar as diferenças existentes entre grupos e entre pessoas. O direito à diferença aproxima-se, em certa medida, do direito à igualdade substancial, pois também se funda no tratamento desigual dos desiguais. Aqui, contudo, o tratamento desigual não visa superar as diferenças sociais existentes. Visa justamente preservá-las.

Marco na consagração do direito à diferença foi a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, aprovada pela Unesco em 1978. Em seu art. 1º já se lê:

> "Artigo 1º
>
> § 1º. Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem. Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade.
>
> § 2º Todos os indivíduos e os grupos têm o direito de serem diferentes, a se considerar e serem considerados como tais. Sem embargo, a diversidade das formas

---

[53] Ricardo Luís Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

[54] Boaventura de Sousa Santos, *As Tensões da Modernidade*, Artigo disponível no *site* da *Rede de Direitos Humanos*: <www.dhnet.org.br>.

de vida e o direito à diferença não podem em nenhum caso servir de pretexto aos preconceitos raciais; não podem legitimar nem um direito nem uma ação ou prática discriminatória, ou ainda não podem fundar a política do *apartheid* que constitui a mais extrema forma do racismo.

§ 3º A identidade de origem não afeta de modo algum a faculdade que possuem os seres humanos de viverem diferentemente, nem as diferenças fundadas na diversidade das culturas, do meio ambiente e da história, nem o direito de conservar a identidade cultural."

Como revela o texto, o direito à diferença dirige-se à conservação da identidade cultural, histórica, ambiental e social do indivíduo ou do grupo em que se insere. Nesse sentido, o tema correlaciona-se ao direito à identidade pessoal, do qual já se tratou anteriormente, mas assume para alguns autores também uma feição transindividual porque vem normalmente associado à inserção do indivíduo em determinado agrupamento cultural.[55] Adverte, contudo, Pierre-André Taguieff que "o direito à diferença não deve ser compreendido como um direito coletivo, um 'direito das comunidades', mas sim como um 'direito do sujeito à inserção comunitária': cada sujeito tem direito à sua cultura; nenhuma cultura tem direito sobre o sujeito".[56]

No Brasil, o direito à diferença assume particular importância na tutela dos povos indígenas. A cultura de diversas tribos que lograram sobreviver a séculos de massacres e imposição dos costumes ditos "civilizados" exige uma postura atenta dos juristas em prol da sua plena preservação. Quando a cultura indígena se choca com a cultura dominante, o direito à diferença surge como instrumento de flexibilização ou até de afastamento das normas jurídicas criadas, construídas e desenvolvidas sob a perspectiva cultural do conquistador europeu. Emblemático foi o caso do Tuxaua, que se passa a descrever.

14 O caso do Tuxaua

Basílio Alves Salomão, indígena do povo Macuxi, foi denunciado pelo Ministério Público de Roraima por crime de homicídio contra Valdenísio da Silva, também Macuxi, morto em 28 de janeiro de 1986 na aldeia em que ambos viviam, situada no então Território Federal de Roraima. Em 1992, o processo passou para

---

[55] Tais autores sustentam que a coletivização do direito à diferença pode representar "a condição de sua efetividade" (Norbert Rouland, *Direito das Minorias e dos Povos Autóctones*, Brasília: UnB, 2004, p. 492).

[56] Pierre-André Taguieff, *Le nouveau racisme de la différence*. In: Bernard Kouchner; Mario Bettati, (Org.), *Le Devoir d'Ingerénce: Peut-on les Laisser Mourir?*, Paris: Denoël, 1987, p. 489.

a competência da Justiça Federal e, em outubro de 1994, depois de ouvidos o réu e as testemunhas, o Ministério Público Federal solicitou laudo antropológico, a fim de avaliar:

> "a) como o fato criminoso praticado por Basílio repercutiu perante àquela comunidade indígena, tendo em vista seus usos e costumes; b) o grau de imputabilidade do referido índio; c) se houve alguma punição ou qual o sistema primitivo adotado pela comunidade, levando em conta, especialmente, ser ele um Tuxaua".[57]

Tuxaua é um posto de liderança entre os índios Macuxi. O Tuxaua é eleito em assembleia comunitária e seu mandato não tem prazo de duração. Basílio ocupava o honroso posto de Segundo Tuxaua da maloca Maturuca, onde o crime ocorreu. Como Segundo Tuxaua, competia-lhe exercer a liderança dos seus pares nas ausências do Tuxaua principal, ninguém menos que Jaci José de Souza, que se tornaria, anos mais tarde, vencedor do Prêmio Chico Mendes e principal símbolo da luta pela demarcação da reserva Raposa-Serra do Sol.[58]

Consta dos autos que, no dia do crime, o Tuxaua Jaci se encontrava em Brasília, estando substituído em suas atribuições pelo Segundo Tuxaua. Consta, ainda, que Basílio e Valdemísio foram convidados, com outros índios, para tomar Pujaru, bebida típica do povo Macuxi e de forte teor alcoólico. No exercício de sua função, Basílio já havia, por diversas vezes, repreendido Valdemísio, em virtude da frequência com que ia ao garimpo, onde os garimpeiros ofereciam presentes e bebidas alcoólicas, a fim de ganhar a confiança dos Macuxi. Naquele dia, Basílio e Valdemísio voltaram a se desentender. A discussão resultou em xingamentos de parte à parte e só se encerrou com a facada que tirou a vida de Valdemísio.

O próprio povo Macuxi tratou de aplicar punição imediata ao índio Basílio, como esclareceu o laudo antropológico realizado pela FUNAI. Conforme registrou estudo aprofundado do caso:

> "Basílio foi preso e amarrado no barracão da maloca, ficando sob a vigilância de 10 homens. O Tuxaua Jaci providenciou a formação urgente de um conselho, convidando os Tuxauas das 10 malocas mais próximas; reunidos, com a participação das pessoas mais velhas da comunidade e de outros membros desta, discutiram o destino a ser dado a Basílio. Para tanto, se fez uma revisão das tradições, contando

---

[57] Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado de Roraima, Ação Penal 92.0001334-1.

[58] A Raposa-Serra do Sol é uma terra indígena identificada pela FUNAI em 1993. Sua demarcação foi homologada em 2005. Foi ordenada, então, a desocupação da terra pelos não índios, processo coordenado pela Polícia Federal e que encontrou a resistência de produtores rurais instalados na região. O conflito chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, em março de 2009, declarou constitucional a demarcação, determinando a observância de certas condições estabelecidas no próprio julgamento (STF, Petição 3388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, 19.3.2009).

com a experiência dos mais velhos; decidiram que o desterro seria uma solução plausível."[59]

Na cultura Macuxi, o desterro consiste em pena rigorosa, durante a qual Basílio restou privado não apenas da companhia de seus familiares, mas também de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados, sem direito a possuir bens ou a exercer outros direitos de membro do grupo. Nessa direção, o laudo antropológico registrou que a punição aplicada a Basílio pode ser considerada uma punição exemplar, pela importância dos personagens envolvidos e pela repercussão que teve na comunidade Macuxi, passando a servir de parâmetro para o julgamento de casos posteriores. A efetividade da pena também ficou caracterizada, na medida em que, no ano de elaboração do laudo (1995, quase dez anos, portanto, após o crime), Basílio ainda se encontrava cumprindo a sanção imposta pelo seu povo.

Apesar de ter requerido o laudo, o Ministério Público Federal, cujo representante já não era mais o mesmo, manifestou-se pela pronúncia do acusado. Por conta disso, Basílio foi levado a um júri popular em maio de 2000, mais de 14 anos após o crime. Na sessão do júri, em resposta aos quesitos formulados pelo juiz, os jurados, de modo unânime, responderam "sim" em relação à autoria e à materialidade do crime: Basílio havia, de fato, desferido a facada que levou Valdenísio à morte. Entretanto, também por unanimidade, os jurados consideraram que o fato de Basílio ter sido julgado e condenado segundo os costumes da comunidade indígena a que pertencia era razão suficiente para isentá-lo de qualquer pena no julgamento realizado pela Justiça estatal. Diante disso, o juiz, em sua sentença, absolveu Basílio, registrando que houve o reconhecimento pelos jurados de "uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade".[60]

O caso relatado é exemplo paradigmático de aplicação do direito à diferença. O júri popular revelou extrema sensibilidade ao perceber que a aplicação de uma sanção estatal em caso já julgado pelo povo indígena do qual Basílio era membro efetivo e atuante implicaria uma espécie de *bis in idem*, em desfavor do acusado. A solicitação pelo Ministério Público e o deferimento pelo Poder Judiciário de elaboração de laudo antropológico configuram condutas admiráveis, que, infelizmente, não se reproduzem em outros casos semelhantes Brasil afora. A construção de uma sociedade que se pretende multicultural passa, necessariamente, por zonas

---

[59] Marjorie Begot Ruffeil, *Povos Indígenas e Direitos Diferenciados*, UFPA, 2009, p. 4. A valorosa análise encontra-se disponível no *site* da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação (<www.andhep.org.br>).

[60] Além do já citado estudo de Marjorie Begot Ruffeil, recomenda-se a leitura de Estella Libardi de Souza, *Povos Indígenas e Direito à Diferença*: *Do Colonialismo Jurídico à Pluralidade de Direitos*. Disponível no *site* do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias da Universidade Federal de Santa Catarina (<www.nepe.ufsc.br>).

de conflito entre o direito posto e o direito das minorias culturais, por vezes não escrito, oral, deliberativo, menos complexo e sofisticado, mas nem por isso menos justo ou eficiente. O reconhecimento de que o sistema jurídico não pode fechar os olhos para essas experiências culturais minoritárias (devendo, ao contrário, lhes assegurar primazia nos seus próprios espaços de atuação) consiste em passo imprescindível para a construção de uma sociedade efetivamente aberta e plural. Eis o propósito maior do direito à diferença.

15 Fim enquanto finalidade

Esse breve apanhado de "novos" direitos da personalidade não se pretende exaustivo. Sua finalidade foi apenas dar ao leitor uma ideia de como novas pretensões jurídicas vêm sendo reconhecidas como essenciais à condição humana e inseridas, por tal razão, entre os direitos da personalidade. O rol desses direitos, como já se registrou tantas vezes, é aberto por definição. Sua vocação expansiva é inegável. De um lado, o desenvolvimento econômico e tecnológico está sempre a produzir, como contrapartida, um número maior de ameaças ao ser humano. De outro lado, a ampliação da educação e da conscientização política resulta em mais e maiores reivindicações em favor das pessoas e grupos historicamente excluídos da ordem econômica e social.

Contribui, ainda, para esse quadro, um gradativo retorno do direito à sua *ratio* original. A percepção de que a tutela da dignidade humana consiste no fundamento primordial do ordenamento jurídico tem resultado na releitura e remodelamento não apenas de normas, conceitos e institutos, mas da própria ciência do direito como um todo. Mesmo direitos há muito reconhecidos têm sido redirecionados, em sua função e estrutura, para o desenvolvimento da personalidade humana. Nesse sentido, o direito ao trabalho, o direito à educação, o direito à moradia e tantos outros classificados como "direitos sociais" também reconciliam-se com o seu destinatário essencial: a pessoa humana. Deixam, assim, de ser tomados como meras aspirações coletivas, de ordem política, para se converterem em direitos de cada um, direitos cuja prestação pode ser exigida em bases individuais e cuja proteção pode ser reconhecida em casos concretos de caráter específico. Parece ser esse todo o esforço da doutrina publicista mais moderna, que não mais se dispõe a negar a exigibilidade específica dos direitos sociais. Esforça-se, isso sim, para criar parâmetros e balizas que pautem o grau das exigências, de modo a evitar uma demanda generalizada e irrealizável em face do Poder Público, sem, contudo, abrir mão da tutela concreta da dignidade humana.[61]

---

[61] Ver, entre outros: Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

No campo do direito privado, ou melhor, das relações entre particulares, em que a proteção à pessoa humana já vinha sendo há muito reconhecida, irrompem casos emblemáticos, derivados da colisão entre os próprios direitos fundamentais, como se viu dos conflitos envolvendo, de um lado, a liberdade de manifestação dos biógrafos e, de outro, o direito do biografado à sua privacidade. Surgem *hard cases*, casos de difícil solução, que desafiam não as normas em si, mas o próprio método de aplicação do direito. Constituem por isso mesmo campo privilegiado para o desenvolvimento das novas habilidades que são exigidas do jurista contemporâneo. Dele não se espera uma solução tecnicista, fria, matemática, calcada na mera literalidade de alguma norma secundária extraída de obscuros recantos do ordenamento jurídico. Nem lhe compete tampouco ceder ao particularismo da sua própria concepção do que é "justo" ou "razoável", termos que têm sido empregados de modo vazio, sem explicação ou justificativa, em um número amplo demais de decisões judiciais e debates jurídicos. Do jurista contemporâneo se espera algo que germina no vasto campo entre esses dois extremos: a construção, a partir dos valores fundamentais consagrados na Constituição brasileira de parâmetros objetivos para guiar a aplicação de normas abertas e a solução dos casos concretos.

Nem o positivismo exacerbado, preso à letra da lei, nem o decisionismo judicial, fonte de insegurança e soluções desiguais, o que se espera do jurista de hoje, para além do conhecimento técnico, é a sensibilidade e a coerência para identificar não apenas *qual* o direito aplicável (*quid juris*), mas *em que medida* se deve aplicá-lo. Num contexto caracterizado pela pluralidade de fontes normativas e pela alta especialização dos mais variados setores do ordenamento jurídico, o domínio das regras não pode suprimir a importância primordial dos princípios. E os princípios, como se sabe, não têm ou deixam de ter aplicação. Aplicam-se sempre, variando a sua aplicação apenas em grau e intensidade.

Nesse cenário, o ofício do jurista se transforma. Retoma a antiga vocação de sensibilidade (a velha "arte do direito") que a enxurrada de normas altamente detalhadas havia soterrado. Hoje já não basta conhecer o ordenamento jurídico. Não basta ao jurista brasileiro ter à mão a portaria ministerial ou a resolução normativa da Agência Nacional de Saúde. É preciso saber confrontar tais normas com os princípios constitucionais, dosando a sua aplicação na exata medida. E é preciso fazê-lo com coerência, de modo que se atenda às exigências de segurança e uniformidade, a que não pode renunciar nenhum sistema jurídico, sob pena de perda da sua legitimidade.

A tarefa é delicada e não há aqui fórmula mágica. Só o estudo e o debate permitem ao jurista perceber aquilo que diferencia as diversas situações que o pensamento comum tende a reunir sob um único rótulo. Só a dedicação conduz à identificação e à construção dos parâmetros e critérios exigidos para a solução dos casos difíceis. Os direitos da personalidade oferecem amplas oportunidades nesse

sentido. Suas potencialidades permanecem adormecidas no texto da Constituição e do Código Civil. A maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras parece não ter despertado, ainda, para a extraordinária importância do tema. Com raras e preciosas exceções, as discussões sobre o assunto permanecem vagas e fluidas, enquanto os dramas concretos se multiplicam na realidade social. Ninguém está a salvo. Os conflitos atinentes aos direitos da personalidade estão tão presentes nas cortes de justiça quanto nas páginas da internet. Às importantes questões que esses diversos casos suscitam poucos têm tentado responder. Os direitos da personalidade continuam, nesse sentido, à espera das pessoas.

Que este livro lhes sirva de convite.

Bibliografia

AMADEI, Stella. *Sistema de cotas na UERJ – uma análise quantitativa dos dados de ingresso*, in *Revista Eletrônica do Vestibular*, ano 1, nº 2, 2008.

AMORIM, José Roberto Neves; AMORIM, Vanda. *Direito ao nome da pessoa física*. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

ARAÚJO, Adriane Reis de. *Assédio moral coletivo*. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 5, nº 17, p. 213, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil*. *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano 1, nº 2, 2004.

________. *Poder familiar em face das práticas médicas*. *Revista do Advogado*, nº 76, jun. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BENDICH, Albert. *Privacy, poverty and the Constitution: report for the Conference on the Law of the Poor*. University of California at Berkeley, 1966.

BERGMANN, Barbara R. *In defense of affirmative action*. New York: New Republic, 1996.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*. 2. ed. Brasília: UnB, 2001.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BESSONE, Darcy. *Ideias políticas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BRUNO, Richard L. *Devotees, pretenders and wannabes: two cases of factitious disability disorder. Journal of Sexuality and Disability*, v. 15, p. 243-260, 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina.

_______. MACHADO, Jónatas E. M. *Reality shows e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti *Castanho de. Direito à informação × direito à privacidade: o conflito de direitos fundamentais. Revista da AMAERJ*, nº 5, 2002.

CASSANO, Giuseppe. *I diritti della personalità e le aporie logico dogmatiche di dottrina e giurisprudenza – Brevissimi cenni.* Disponível no *site* Diritto & Diritti: <www.diritto.it>.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Antonio. *Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo*. In: *Estudos de direito civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COLOMBO, Gherardo. *Sulle regole.* Milão: Feltrinelli, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. *Introdução*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CORRÊA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O estado de direito e os direitos da personalidade. Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, nº 19, Curitiba: UFPR, 1980.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milão: Giuffré, 1950.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil.* Campinas: Booksellers, 1999. v. 1.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_______. *Direitos da personalidade.* In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Renovar.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_______. *Taking rights seriously.* 17. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

ECO, Umberto. *Entrevistas sobre o fim dos tempos.* Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

_______. Para que servem os jornais. *Entrelivros*, ano 2, nº 23, p. 82.

ERENBERG, Jean Jaques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Fundamentos, limites e transmissibilidade – anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. Revista da EMERJ*, v. 8, nº 31, 2005.

_______; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Um projeto de código civil na contramão da constituição. Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 4, p. 243-263, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia.* São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_______; FAUNDEZ Antonio. *Por uma pedagogia da pergunta*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza.* São Paulo: Pioneira, 1986.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina.* São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo.* Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GILLIOM, John. *Overseers of the poor: surveillance, resistance and the limits of privacy.* Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GIORGIANNI, Michele. *O direito privado e suas atuais fronteiras*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. *RT*, v. 747, p. 35-55, 1998.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Os direitos da personalidade e o novo Código Civil: questões suscitadas. Revista da EMERJ*, v. 5, nº 19, p. 21, 2002.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUEDES, Cristiano; DINIZ, Debora. *Um caso de discriminação genética: o traço falciforme no Brasil. PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*, v. 17, p. 507, 2007.

HASSON, Roland. *Proteção aos direitos da personalidade – assédio moral. Revista LTr*, v. 72, nº 11, p. 1.357, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

HOBBES, Thomas *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

KONDER, Carlos Nelson. *O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes*. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padua, 2003, v. 15, p. 41-71.

LAFARGUE, Paul. *O direito à preguiça*. São Paulo: Hucitec-Unesp, 1999.

LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 27, 2006, p. 211-219.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *O direito de não sofrer discriminação genética – uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Autolimitação do direito à privacidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, 2008, p. 93-104.

_______. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 6, 2001, p. 79-97.

_______. *Direito civil:* famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARIA, José Serpa de Santa. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. São Paulo: Julex, 1987.

MARTINS, Denis. *Direito e cultura popular: o batidão do funk carioca no ordenamento jurídico*. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *A autonomia privada nas situações jurídicas subjetivas existenciais: uma análise qualitativa em face das situações patrimoniais*. Rio de Janeiro: UERJ, 2007.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, n. 65, 1993, p. 21-32.

_______. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização de exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade.* In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_______. *Sobre o nome da pessoa humana. Revista da EMERJ*, v. 3, nº 12, 2000.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. *RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 29, 2007, p. 95-110.

OVERBY, Stephanie. *Iceland's dilemma:* privacy versus progress. Disponível em: <www.cio.com>. Acesso em: 15 jul. 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

_______. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Autonomia negoziale e autonomia contrattutale.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

_______. *Il diritto civile nella legalità costituzionale.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

_______. *Perfis do direito civil.* Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIRANDELLO, Luigi. *Il fu Mattia Pascal*. Trento: Einaudi, 2006.

PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2.

RAMALHO, Antonio S. et al. *A Portaria MS n. 822/01 e a triagem neonatal das hemoglobinopatias. Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia*, v. 24, nº 4, 2002.

REALE, Miguel. *O projeto de código civil – situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Renato Janine. *A universidade e a vida atual – Fellini não via filmes*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

RITO, Lucia. *Muito prazer, Roberta Close*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1998.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Direito, intimidade e vida privada.* Curitiba: Juruá, 2010.

ROCHA, Mário de Melo. *Actas da oficina sobre a convenção para a protecção do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina.* Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa, 2003.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* – a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_______. *Al centro la persona e la sua idea di dignità*. In: *Il Manifesto* edição de 17 out. 2007.

_______. *Intervista su privacy e libertà*. Org. de Paolo Conti. Roma-Bari: Laterza, 2005.

_______. *L'appello sospetto alla Legge*. *Il Manifesto*, edição de 23 dez. 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROULAND, Norbert. *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Brasília: UnB, 2004.

RUFFEIL, Marjorie Begot. *Povos indígenas e direitos diferenciados*. UFPA, 2009. Disponível no *site* da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação: <www.andhep.org.br>.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*. *The American University Law Review*, Summer 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Disponível em: <www.dhnet.org.br>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O STS e a reconstrução do Direito Pivado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_______. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_______. *Arbitramento do dano moral no Novo Código Civil*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 12, p. 3-24, 2002.

_______. *Cicarelli e a privacidade perdida*. *Globo Online*, 4 jul. 2007.

_______. *Famílias simultâneas e redes familiares*. In: HIRONAKA, Giselda et al. (Org.), *Direito de família e das sucessões – temas atuais*. São Paulo: Método, 2009, p. 237-254.

_______. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_______. *Reparação não pecuniária dos danos morais*. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHINI, Luiz Edson (Coord.), *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011.

SERTÃ, Renato Lima Charnaux. *A distanásia e a dignidade do paciente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, FGV, 1997.

SOUZA, Estella Libardi de. *Povos indígenas e direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos.* Disponível em: <www.nepe.ufsc.br>.

TAGUIEFF, Pierre-André. Le nouveau racisme de la différence. In: KOUCHNER, Bernard; BETTATI, Mario (Org.). *Le devoir d'ingerénce: Peut-on les laisser mourir?* Paris: Denoël, 1987.

TELLES, Edward. *Racismo à brasileira.* Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares.* In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_______. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro.* In: *Temas de direito civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_______. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio.* In: _______. *Temas de direito civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_______. *O novo código civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, 2001.

_______; SCHREIBER, Anderson. *Minorias no direito civil brasileiro. Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, p. 135-155, 2002.

_______; SCHREIBER, Anderson. *O extremo da vida – eutanásia, accanimento terapêutico e dignidade humana. RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 39, p. 3-17, 2009.

_______; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro.* In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Anexo – Arts. 11 a 21 do Código Civil

Código Civil

Capítulo II – Dos direitos da Personalidade

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Agradecimentos

Fundamentais para este livro foram Luísa Berni, Bruno Lewicki, Danilo Doneda, Gustavo Tepedino, Helder Galvão, Luiz Hermann Júnior e Roberta Densa. Também contribuíram de variadas maneiras: Aline de Miranda Valverde, Aluizio Napoleão, Ana Luiza Nevares, Ana Carolina Brochado, Bernardo Saadi, Bruno Terra, Carlos Konder, Daniele Teixeira, Diogo Maia, Darío Conca, Eliene Marinho, o "distinto cavalheiro" Eroulths Cortiano Júnior, Flavio Mirza, Flavio Tartuce, Felipe Castro (jurista de alma, mas jornalista de profissão), Gisela Sampaio, Guilherme Domingues, Heloísa Carpena, Janaína Cruz, José Carlos Maldonado de Carvalho, Luiz Edson Fachin, Marcelo Calixto, Marcio Bandeira de Mello, Maria Celina Bodin de Moraes, Melissa Stephan, Mestre Brigadeiro, Milena Donato Oliva, Nathalie Giordano, Patrícia Giovannini, Pedro Muller, Rafael Garcia, Raul Murad, Ricardo Calderon, Roberta Mauro, Rose Vencelau, Sergio Duvivier de Albuquerque Mello, Sergio Terra, Vladimir Cardoso e Willie Mendes. A todas essas generosas personalidades, o meu muito obrigado.

Índice Remissivo da Legislação Relacionada